بسم الله الرحمن الرحیم

حق طلاق زوجه با توجه به طلاق واجب

(بررسی فقهی و حقوقی)

نویسنده:

دکتر محمدعلی معیرمحمدی

مدرس حوزه و دانشگاه

شناسنامه

هدیه به:

یکتا در هستی و عالم، آخرین سبط رسـول خـدا، پسـرعلی و زهـرا، واسـطه فـیض الهی، لنگر آسمان‌ها و زمین، قطب عالم امکان، وجود مقدس حضـرت بقیـه الله الاعظـم روحی و ارواح العالمین لتراب مقدم الفداه باشد که مقبول افتد انشاء الله.

و تقدیم به پـدرم اولـین اسـتادی کـه درس درسـت راه رفـتن در زنـدگی را بـه بنـده آموخت و مادر مهربان و دلسوزم که همواره و در همه مراحل زنـدگی در کنـارم بـوده و لحظه‌ای در کشاکش زنده گی‌ام مرا ترک نکرده است.

فهرست مطالب

عنوان **صفحه**

پیشگفتار نویسنده

طلاق امری است که برای ازاله قید نکاح در اسلام مشروع دانسته شده است. در اسلام ظاهراً با توجه به روایتی از رسول خدا- که در مورد آن در این کتاب بحث خواهیم کرد- حق طلاق را به دست مرد داده‌اند و استنباط برخی از فقها در این مورد این است که مرد هر زمانی و تحت هر شرایطی می‌تواند اقدام به طلاق دادن همسر خود بنماید و زن به‌صورت کلی از این حق محروم است. در واقع این مطلب باعث شده است که دشمنان اسلام برای خود حربه‌ای درست کرده و به اسلام حمله کنند و همچنین سؤالاتی برای عوام مردم مسلمان پیش بیاورد. اسلام که دینی است بر پایه عدالت و مساوات قطعاً در هیچ موضوعی بین زن و مرد تفاوتی قائل نیست، و برای این موضوع نیز جواب‌هایی داده‌اند لکن این جواب‌ها که از جمله آن‌ها احساسی و زودرنج بودن زن است برای ذهن جستوجو گر در جامعه‌ی کنونی قانع کننده نیست. به همین علت بحث از طلاق واجب و اینکه فقه در مواردی با اینکه طلاق را یک ایقاع می‌داند و مرد را مسئول انجام آن می‌داند ولی وی را ملزم و مجبور به طلاق می‌کند آن هم نه در حالتی که ادامه‌ی زندگی برای زن بسیار سخت و مشقت‌بار است بلکه همچون مرد که با دادن مهریه همسر خود را طلاق می‌دهد، زن نیز با بذل مهریه یا نفقه‌ی خود مرد را مجبور به طلاق می‌کند یا به‌عبارت دیگر طلاق دادن زن بر مرد واجب می‌گردد.

در واقع همان‌طور که هر موردی در عالم خارج حکمی از احکام فقهی روی آن می‌رود (مباح، حرام، مستحب، مکروه، حلال) طلاق نیز به‌همین صورت است یعنی احکام خمسه تکلیفیه بر روی آن می‌رود، یعنی در واقع می‌توان برای آن قسم واجب و حرام و... را متصور

بود. با توجه به آنچه که بیان شد، می‌توان گفت که ممکن است شرایطی پیش آید که طلاق واجب گردد این تحقیق در واقع در پی آن است که بـه مـواردی بپـردازد کـه طـلاق در آن واجب است. یعنی مرد با اینکه طلاق را در دست دارد ولی در واقع مجبور اسـت کـه طـلاق بدهد و اگر این کار را نکند حاکم او را مجبور میسازد. در ادامه لازم می‌دانم کـه دو نکتـه را عرض کنم، اول اینکه، درست است که نام این نوع از طلاق آشنا نیست و شاید کمتـر مـورد توجه حقوقدانان و یا حتی فقها باشد، لکن پیشینه آن در فقه حتی به‌صـورت مشـهور دیـده می‌شود. از فقهای امامیه می‌توان گفت متقدمین و متأخرین آن‌ها اکثراً طـلاق را بـه احکـام تکلیفیه منقسم نموده‌اند و در مورد هر کدام بحث‌هایی داشته‌انـد، از جملـه مرحـوم شـهید ثانی(رضوان الله علیه) در کتاب شریف شرح‌لمعه ایـن تقسـیم‌بنـدی را فرمـوده‌انـد و بحـث اجمالی نیز درباره‌ی آن انجام داده‌اند، مرحوم شهید اول (رضوان الله علیه) در کتاب الدروس الشرعیه فی‌فقه الإمامیه نیز در این مورد بحث کرده‌اند و هـم‌چنـین شـهید ثانی(رضـوان الله علیه)در کتاب دیگر خود یعنی مسالک‌الأفهام فی‌شرح‌الشرایع الإسلام نیز بحث فرموده‌انـد. از متأخرین نیز مرحوم شیخ محمدحسن نجفی(رضوان الله علیه)صاحب جـواهر نیـز بحثـی در مورد این موضوع می‌فرمایند.

محققین در مورد موضوع به‌صورت مجـزا، جـدا وعـام کـار نکـرده‌انـد، بـه همـین علـت مـی‌تـوان مـدعی بـود کـه تحقیقـی کـه انجـام داده‌ایـم بـه نوبـه‌ی خـود جدیـد و بـدون پیشـینه مـی‌باشـد. لازم بـه ذکـر اسـت کـه مقصـودمان از بـدون پیشـینه بـودن تحقیـق ایـن اسـت کـه در غالـب موضـوع طـلاق واجـب بـه‌صـورت مـدون و منسـجم نوشـته ای وجود ندارد ولـی بـه‌صـورت پراکنـده و جزئـی و اخـص در مـوارد آن مثـل طـلاق قضـایی و طلاق خلع بحـث‌هـایی شـده اسـت کـه در جـای خـود از آن‌هـا اسـتفاده شـده اسـت و در فهرسـت منـابع ایـن نوشـتار بـه‌طـور دقیـق بـه آن‌هـا اشـاره شـده اسـت. ولـی اصـل مطلبی که ما بـدان اشـاره مـی‌کنـیم ملاحضـه نشـده یـا حـداقل در فحصـی کـه نگارنـده این سطور انجـام داده اسـت پیـدا نشـده اسـت. دومـین نکتـه در مـورد اسـاتید و عزیزانـی اسـت کـه در طـول دوران تحصـیل و در مـورد ایـن نوشـته بـه حقیـر راهنمـایی‌هـای مشـوقانه نمـوده‌انـد و مـی‌نماینـد ان شـاءالله، کـه بایـد بنـا بـه فرمـایش حضـرت ختمـی مرتبـت (صـلی الله علیـه وآلـه وسـلم) کـه فرمـود: ًمـن لـم یشـکر المخلـوق لـم یشـکر الخـالق ً و از بـاب ًهـل جـزاء الاحسـان الا الاحسـانً ، از اسـتاد گرانقـدر جنـاب آقـای

دکتـر سـیدعلـی پورمنـوچهری کـه اینجانـب را بـا راهنمـایی‌هـای مشـوقانه و دلسـوزانه خـود مسـتفیض سـاختند کمـال تشـکر و امتنـان را نمـایم و در درگـاه ایـزد منـان برایشان همـواره دعـاگو باشـم. و همچنـین از تمـامی اسـاتید وکسـانی کـه مـرا در کسـب علوم عقلی و نقلی مـذهب حقـه تشـیع بهـره‌منـد سـاخته‌انـد نهایـت تشـکر را مـی‌نمـایم، و در آخـر از تمـامی کسـانی کـه بـه هـر نحـوی بنـده را در ایـن راه یـاری کردنـد تشـکر می‌نمـایم بـالاخص پـدر، مـادرو بـرادرم. در پایـان از تمـام فضـلا و صـاحب‌نظـران محتـرم حـوزه و دانشـگاه اسـتدعا دارم تـا نقطـه‌نظـرات گرانسـنگ و بـا ارزش خـود را بـا ایـن حقیـر در میـان بگذارنـد و بنـده را مسـتفیض نماینـد. خداونـد بـه همـه خـادمین طریقـه حقه تشیع در این دنیا و آخرت خیر عطا فرماید.

وَمَا تَوْفِيقِى إِلَّا بِاللّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ

الاحقر محمدعلی معیر محمدی ۱۲ مرداد ماه ۱۳۹۳ مصادف با ۶ شوال المکرم ۱۴۳۵

پیشگفتار چاپ دوم

از آنجا که، مباحث طرح شده در این کتاب در مجامع حقوقی مورد استقبال قرار گرفـت. با کمک دوستان ناشر در انتشارات آوا بر آن شدم تا چاپ دوم آن را ارائه دهم. در این چـاپ سعی شد تا اغلاط تایپی و برخی ایرادات شکلی تصحیح شـود. لازم مـی دانـم تـا از تمـامی فضلا و بزرگواران که پیشنهادات و انتقادات خود را نسبت به کتاب ارائه کردند کمـال تشـکر را بنمایم، بالاخص اساتید ارجمندم، حضـرت آیـت الله محمدحسـن گلـی و آیـت الله دکتـر محمدحسین بیاتی(دامت برکاتهما) که با راهنمایی های دلسوزانه خود و عنایت خاصـی کـه به این حقیر و کتاب حق طلاق داشتند حق بزرگی بر ذمه بنده دارند. و در آخر نیـز مجـددا از تمامی فضلا و علمای حوزه و دانشگاه مستدعی هستم تا پیشنهادات و انتقـادات ارزشـمند خود را به این حقیر واصل نمایند. خداوند به خادمین طریقه حقـه تشـیع در دنیـا و آخـرت خیر کثیر عطا فرماید.

رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ

۸ شهریور ۱۳۹٤ مصادف با ۱۵ ذی القعده ١٤٣٦ قمری

الاحقـــــر محمـــــدعلی معیرمحمـــــدی

مقدمه

امکان انحلال ازدواج موضوعی است که در مورد آن سخن بسیار گفته شده است؛ برخی آن را قبیح و برخی امری صحیح و حتی لازم می‌دانند، تعارض آراء به‌قدری زیاد است که علمای حقوق و دانشمندان علم جامعه‌شناسی نیز در این باب به توافقی دست نیافته‌اند. لکن موضوعی که وجود دارد این است که اگر زن و مردی در زندگی خود احساس خوشبختی نداشته باشند و یا به نحو اولی از یکدیگر کراهت و انزجار داشته باشند و یا نه اصلاً زندگی برای احدی از آن‌ها مشقّت‌بار شده باشد چرا باید ناگزیر به ادامه‌ی آن باشند؟ شاید این دلیل عقلی و محکمی برای لازم بودن عنصر انحلال ازدواج یا به‌طور خاص طلاق باشد. باید در پابرجایی و استقرار کانون خانواده کوشید، ولی حفظ سلول فاسد نیز ثمری برای جامعه نخواهد داشت. در اسلام با تمام توصیه‌ها و تأکیدهایی که مبنی بر حفظ خانواده شده است از نظر حقوقی مرد هر زمانی که اراده نماید حق دارد همسر خود را طلاق دهد و زن نیز در موارد خاصی می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق کند؛ در فقه هر موضوعی که وجود دارد و برای جامعه پیش می‌آید دارای یک حکم است، یعنی هر موضوعی که در عالم وجود دارد باید شامل یکی از احکام خمسه‌ی تکلیفیه گردد یعنی هیچ موضوعی پیدا نمی‌توان کرد که حکمی بر روی آن بار نشود حال به در خور خود موضوع، زمان و مکان و قیدهای دیگر یکی از احکام خمسه‌ی تکلیفیه (واجب، حرام، مستحب، مکروه، مباح) بر آن بار می‌گردد.

طلاق نیز یکی از همان موضوعات است که بسته به زمان و مکان و موضوعی که در آن واقع شده است یکی از این احکام خمسه‌ی تکلیفیه بر آن بار می‌گردد. ظاهراً حکم اولیه‌ای که در مورد طلاق وجود دارد. فی‌نفسه کراهت است با توجّه به حدیثی که از جانب حضرت رسول (صلی‌ا... علیه‌وآله) صادر شده است که می‌فرماید «أبْغضَیُ الحلال عندا... الطلاق» (مناهج‌المتقین، مامقانی ص۳۸۴؛ وسائل‌شیعه، ج ۱۴، باب اول، ص۵) یعنی در واقع اگر شخصی بدون دلیل بخواهد زندگی زناشوئی خود را منحل نماید یا به دلیل هوسرانی این‌کار را انجام دهد امر مکروهی را انجام داده است. موضوع مورد بحث در این مجال برای ما این است که گاهی اوقات همین امر مکروه تبدیل به امری مستحب و یا واجب می‌گردد و آن زمانی است که اختلاف، شقاق و کراهت زوجین از یکدیگر به‌حدّی می‌رسد که امکان ادامه زندگی مشترک وجود ندارد و یا حتی ترس از وقوع گناه در آن‌ها می‌افتد. در این تحقیق

سعی شده است تا از نظر علمی و پژوهشی بررسی گردد تا در چه مواردی طلاق واجب است و اگر مرد این‌کار را نکند به‌تبع عدم انجام امر واجب مستوجب عقوبت است و هم‌چنین از نظر عملی تکیه بر آن دسته از اقسام طلاق واجب شده است که کاربردی باشند و بتوانند در قوانین موضوعه نیز تأثیرگذاری داشته باشند.

فصل اول

کلیات و مفاهیم

گفتار اول: تاریخچه‌ی طلاق

بررسی تاریخی طلاق در جوامع و ادیان گذشته با تکیه بر حق طلاق

از منظر تاریخی، این موضوع مسلم و مشخص است که زن در دیدگاه غیر اسلامی؛ حتی در تفکر معاصر غرب، که به‌زعم برخی، پیشرفته‌ترین نوع تفکرات در غیر ادیان آسمانی است، به‌مراتب محروم‌تر و مظلوم‌تر از مرد بوده، به‌صورتی که واضح است در جهان کنونی غرب چگونه زن را یک کالا و ابزار برای تجارت می‌دانند؛ تا جایی که قبل از اسلام در برخی از قبایل بعد از مرگ شوهر، زن را می‌کشتند و در کنار قبر شوهر دفن می‌کردند و در برخی دیگر زن را زنده به گور و با شوهر دفن می‌کردند، البته تعداد محدودی از قبایل نیز چون مصر باستان احترام خاصی برای زن نگه می‌داشتند تا جایی که در آن تمدن بدون دلیل موجه حق طلاق دادن زن وجود نداشت. موضوع اصلی این‌جاست که آنچه واضح و مبرهن است این‌که در هیچ تفکر و عقیده و مسلک و دینی مثل اسلام در طول تاریخ بشریّت برای زن ارزش قائل نبوده‌اند و نیستند و قطعاً نخواهند بود، چرا که با اسلام همه چیز کامل شده است (مکنون و صانع‌پور، ۱۳۷۴، ص۲۱؛ حسینی مقدم، ۱۳۹۲، ص۱۸؛ جلالی، ۱۳۸۸، ص۲۰ و ۲۱).

اختیار طلاق در جوامع قدیم

۱) بابل: رئیس خانواده (شوهر) می‌توانست در مواردی که زن تا مدتی معین صاحب فرزند نمی‌شد او را طلاق دهد، همچنین اگر زن بیماری مزمنی می‌گرفت مرد می‌توانست بدون این‌که او را طلاق دهد، زن دیگری اختیار کند و همسر اول اختیار داشت که یا

به‌خانه‌ی پدرش بازگردد یا با همین وضع بسازد؛ و در مقابل اگر زن با بی‌مهری شوهر مواقع شد در صورت اثبات آن در محکمه و با رأی محکمه به خانه‌ی پدری خود بازمی‌گشت. و در کل متارکه بدون هیچ دلیلی نیز مجاز بود لکن در این حالت مرد باید جهیزیه‌ی زن را پس می‌داد.

۲) **یونان باستان:** طلاق زن به‌دست مرد در آن جامعه دشوار نبود و مرد می‌توانست بدون دلیل زن خویش را از خود براند ولی زن نمی‌توانست بدون دلیل شوهر خود را ترک نماید. و در صورتی که مرد ستمی بر او روا می‌داشت زن می‌توانست به «آرخون» مراجعه نماید و تقاضای طلاق نماید.

۳) **مصر باستان:** به‌دلیل اینکه شأن اجتماعی زن در این جامعه بالا بود، به غیر از مورد نازایی شوهر نمی‌توانست زن را طلاق دهد و در صورت، طلاق زن به هر دلیل، شوهر مکلّف بود،تا قسمت بزرگی از املاک خانواده را به وی واگذارد.

۴) **ایران باستان:** ایرانیان که پیرو آئین زرتشت بودند، به دلیل توجّه زیاد این آئین به زن در این جامعه طلاق امری ناشی از اراده‌ی بی‌چون و چرای مرد تلقی نمی‌شد. در میان ایرانیان پیرو آئین زرتشت طلاق امر آسانی نبود و برای این‌که حکم طلاق صادر شود باید دلایل موجهی نزد «کهند» (قاضی) برده می‌شد. خالی از لطف نیست اگر به برخی از دلایلی که در آن زمان موجب اصدار حکم طلاق می‌شد اشاره گردد چرا که بعداً برای تطبیق به‌کار می‌آید و آن‌ها عبارت بودند از: عنن مرد و عدم درمان وی تا حداکثر سه سال، امتناع مرد از انفاق به زوجه به‌مدت سه سال، بدرفتاری شوهر با زوجه به‌حدّی که زن در زندگی با او دچار عسر و حرج شده و نصیحت مرد نیز مؤثر نگردد و این‌که مرد پنج‌سال غائب بوده و خبری از او نرسیده باشد (حسینی‌مقدم، ۱۳۹۲، ص ۱۸ الی ۴۲؛ جلالی، ص ۲۰ الی ص۲۲؛ بهمنش، ۱۳۷۴، ص ۹۱؛ دورانت، ، ج ۱، ۱۳۷۳، ص۳۷۵ و ۳۴۸، ج۳ ص۸۹؛ آذرنشسب، ۱۳۶۳، ص۲۷ و ۲۸؛ انجیل لوقا آیه‌ی ۱۶: ۱۸؛ انجیل مرقس آیه ۱۰: ۲؛ انجیل متّی آیه ۵: ۳۱).

تاریخچه‌ی طلاق در ادیان قبل از اسلام

۱) **دین یهود:** در تورات در خصوص طلاق قواعدی مشخص شده است. در آیه‌ی یکم از فصل بیست و چهارم «سفردواریم» به این مضمون است که اگر مرد در همسر خویش مورد

غیراخلاقی و بدی ملاحظه کرد می‌تواند او را رها کند.

۲) **دین مسیح:** در انجیل آیات مختلفی در مورد طلاق موجود است و در مورد اختیار طلاق احکام متعارضی را بیان می‌دارد. در بخشی از آیات به‌طور کلی و مطلق طلاق را منع می‌نماید و در بخشی دیگر از آیات طلاق را تنها در صورت زنای احدی از زوجین صحیح می‌داند. این تفاوت آیات در مورد بیان حکم طلاق باعث شده است مسیحیان مشرق زمین طلاق را به‌طور کلی منع نمایند و به انجیل متّی متوصل گردند (یعنی مسیحیان پروتستان) این در حالی است که کاتولیک‌های وابسته به کلیسای روم به‌طور اطلاق آن را غیرشرعی می‌دانند و ازدواج را غیرقابل انحلال تلقی می‌کنند. به‌هر حال موضوع خود یکی از نواقص مهم این دین تحریف شده می‌باشد که در جوامع کنونی غربی نیز شاهد آن هستیم که باعث شده تا مسیحیان راه‌حل‌هایی هم‌چون مفارقت جسمی و گسترش موارد انحلال نکاح را انتخاب نمایند که خود این راه‌حل‌ها بر مشکلات قبلی افزوده کرده است.

۳) **طلاق در دوران جاهلیت:** در دوران جاهلیت به این دلیل که اساساً زن موجودی پست و بی‌ارزش بود و در کنار حیوان قرار می‌گرفت، زنان به هیچ عنوان حقی به شوهر نداشتند و تعداد طلاق و شیوه و روش آن تنها در دست مرد بود، وی می‌توانست هر زمان و هر طور که اراده کند همسر خویش را طلاق دهد آن هم نه به شکل متداول امروز که در اسلام مشاهده می‌کنیم، به‌صورت ظهار- اکثراً طلاق‌ها به این روش صورت می‌گرفته- در اسلام نیز با آن‌که بسیار کار قبیحی و حرامی است و مستوجب عقوبت، لکن احکامی را به آن مترتب میباشد، که این نشان می‌دهد در دوران جاهلیت ظهار چقدر گسترش داشته و فراگیر بوده است. در این دوران هر گاه مرد همسرش را طلاق می‌داد زن باید به عده می‌نشست و مرد می‌توانست قبل از اتمام عده دوباره به همسرش رجوع کند (حسینی‌مقدم، ۱۳۹۲، ص ۳۹ الی ۴۲؛ لوبون، ۱۳۸۷، ص۵۰۳).

طلاق در اسلام

در فقه اسلامی طلاق از قوانین امضایی است یعنی این‌که قبل از اسلام همان‌طور که گفته شد طلاق رایج بوده است و مردان هر گاه می‌خواستند به دفعات متعدد می‌توانستند همسر خود را طلاق دهند و برای زوجه نیز امکان شکایت از این وضع نبود. اما با ظهور اسلام، این دین مبین ضمن تأکید حق مرد بر طلاق همسر با روایت نبوی «الطلاق بید من

أخذ بالسّاق» دفعاتی را که مرد می‌توانست همسـر خـود را طـلاق دهـد محـدود کـرد و در روایات مختلف کراهت دین اسلام را از طلاق مطرح کرد و هـم‌چنـین بـا ظهـور اسـلام امـر طلاق در دو مورد به نفع زنان بهبود یافت. اول همان‌طور که در بالا گفته شد یعنی دفعـاتی که مرد حق طلاق دادن زوجه خود را داشت محدود گردید و دوم ایـن‌کـه در مـواردی حـق جدایی به زوجه داده شد؛ و هم‌چنین طلاق قانونمند شد و احکام خمسه‌ی تکلیفیـه نیـز بـر آن مترتب شد که موضوع بحث این سیاهه نیز می‌باشد. مواردی کـه در فقـه اسـلامی حـق طلاق به زوجه داده شده‌اند عبارت است:

۱- در صورتی که زوج غائب مفقودالاثر شود.

۲- در صورتی که زوجه در زندگی به هر دلیل دچار عسر و حرج گردد.

۳- وقتی زوج از پرداخت نفقه زوجه عاجز بوده و یا از انجام این تکلیف خـودداری کنـد (بـدون دلیل شرعی).

۴- در صورتی که زوج حاضر باشد بـه‌شـرط کراهـت زوجـه از وی یـا کراهـت هـر دو از یکدیگر با اخذ مالی از زوجه، وی را طلاق دهد که به آن طلاق خلع یـا مبـارات مـی‌گوینـد (جلالی، ۱۳۸۸، ص۲۳ و ۲۴).

گفتار دوم: تعاریف و اصطلاحات

معانی طلاق

معنای لغوی

از نظر لغوی واژه‌ی طلاق شامل معانی متعددی است، در واقع می‌توان گفت: طلاق یکی از لغاتی است که در علم اصول فقه به آن مشترک لفظی می‌گویند مانند عین؛ از جمله معانی که اصحاب لغت برای طلاق ذکر کرده‌اند عبارت‌اند از: گشودن بند، رها کردن، آزاد کردن، ترک کردن، واگذاشتن، مفارقت، جدایی، بیزاری، جدایی کامل، نابودی، آزادی از قید و بند، خارج شدن، حلال بودن، و در لغت عرب بیش‌تر برای گسستن پیوند زناشویی به‌کار می‌رود. و همچنین به‌معنای رها شدن زن از قید نکاح و رها شدن زن از عقد نکاح می‌باشد.

(منتهی‌الارب، منتخب‌اللغات المصادر الزوزنی، فرهنگ معاصر عربی ـ فارسی، آذرتاش، آذرنوش ص۴۰۲، المعجم، قاموس قرآن، لغت‌نامه دهخدا). مرحوم صاحب جواهر(رضوان الله علیه) می فرماید: و به‌معنای ترک کردن جمعیتی و برهم زدن عقد و رها کردن شتر نیز آمده است، در کتاب صحاح بعد از آن‌که معانی متعدد و زیادی را برای طلاق ذکر می‌نماید می‌گوید: «و مرد همسر خودش را طلاق دهد چه طلاق دادنی!» و در هر حال ظاهر کلام آن است که طلاق به‌معنای جدایی است (آن هم جدایی از زن) اصحاب ما (امامیه) معنای شرعیه‌ی آن را در مقابل معنای لغوی آن برگزیده‌اند و به‌کار می‌برند (نجفی، ۱۳۸۷، ج۳۲، ص۱ و ۲). در لغت فارسی با لفظ افتادن، دادن و خوردن و گرفتن و بستن و مستعمل می‌باشد (لغت‌نامه دهخدا؛ محقق داماد، ۱۳۹۰، ص۳۷۹ و ص۳۸۰، محقق داماد، ۱۳۸۰؛ فیض، ۱۳۹۱، ص۳۴۶؛ صحاح‌الغۀ کلمه طلاق؛ مجمع‌البحرین، ج ۳، ص۵۷). نتیجه این‌که اصل در معنای طلاق آزاد شدن ازقید و بند است ولی به‌عنوان استعاره در رها کردن زن از قید ازدواج استعمال می‌شود و در آخر به‌علّت کثرت استعمال حقیقت در همین معنا شده است (دایره‌المعارف تشیع، ج ۱۰، ص ۵۰۷؛ حسینی‌مقدم، ۱۳۹۲، ص ۲۳۳)

معانی اصطلاحی طلاق و اصطلاح طلاق نزد فقها

آنچه که از تعریف مرحوم شـهید ثانی(رضـوان الله علیـه) در کتـاب شـریف شـرح لمعـه برمی‌آید طلاق عبارت است از: «و هو إزالةُ قید النکاح بغیر عوض بصیغه طلاق» طلاق زائـل کردن و از بین بردن قید نکاح است بدون این‌که عوضی در مقابل آن قـرار دهـیم (بـرعکس خلع و مبارات که طلاق همراه عوض است) (شهید ثـانی، ۱۳۹۸ه.ق، ج۷، ص۱۲۰). مرحـوم صاحب جواهر(رضوان الله علیه) در تعریـف طـلاق مـی‌فرمایـد: «إزالـةُ قیـد النکـاح بصـیغه مخصوصه» طلاق زائل کردن قید و پیوند نکاح با صیغه‌ای مخصوص است بـا ایـن تعریـف و تعریفی که بدواً گذشت فسخ نیز از تعریف نکاح خارج می‌گـردد، زیـرا در مـواردی کـه عقـد نکاح به‌دلیل تدلیس و یا عیوب مجوز فسخ، زائل می‌گردد دیگر نیازی به صیغه‌ی مخصـوص نیست (نجفی، ۱۳۸۷، ج ۳۲، ص۲؛ محقق داماد، ۱۳۸۰، ص۳۸۰).

همچنین مرحوم شهید ثانی(رضوان الله علیه) در کتاب دیگر خود مسالک‌الأفهام می‌فرماید: طلاق در اصطلاح شرعی به‌معنی از بین بردن ارتباط ازدواج با صیغه‌ی طلاق و مانند آن می‌باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ج ۹، ص۱۰)، به‌نظر نگارنده تفاوت تعریف مرحوم شهید ثانی(رضوان الله علیه) در دو کتاب خود به وضوح برای ارباب فهم مشخص است. در کتاب اخیر قید «بعوض» را بیان نفرموده‌اند که در واقع خلع و مبارات را داخل در تعریف می‌نماید و به قول فقها تعریف، مانع اغیار نمی‌نماید. در نتیجه می‌توان گفت: برای جمع‌بندی نظرات فقها طلاق عبارت است از رهایی و آزادی از قید و بند ازدواج (مطالعه‌ی تطبیقی حقوق زن، سیدعسکری، حسینی‌مقدم، ص۲۳۳)، واژه‌ی طلاق در شریعت، همان مفهوم عرفی رایج میان عقلاء را می‌رساند که شارع مقدس با شرایط خاصی، امضاء کرده است (یعنی از احکام امضائی است که البته تغییراتی در آن رخ داده است که مجال بحث در این مختصر نیست) و به‌معنای گشودن پیوند زناشوئی با واژه‌ی مخصوصی یا اشاره و نوشته‌ای است که جایگزین آن باشد چه پیوند زناشویی بلافاصله گشوده شود و چه بعد از گذشت زمان معین (طوسی، ج ۲، ص ۹۸؛ حسینی مقدم، ۱۳۹۲، ص۲۳۳).

معنای طلاق در اصطلاح حقوقدانان

طبیعتاً حقوق موضوعه‌ی ما نشأت گرفته و جاری شده از فقه جعفری اسـت لـذا تعریـف حقوقدانان نباید دور از معنی طلاق در نزد فقها باشد، لکن به‌نظر می‌رسد به دلایلی از جمله

اقتباس بخشی از قوانین، از حقوق کشورهایی مثل فرانسه، سوئیس و بلژیک تفاوت‌هایی وجود داشته باشد، که البته این تفاوت‌ها زیاد به‌چشم نمی‌آید. برخی از حقوقدانان طلاق را ایقاعی تشریفاتی که به‌موجب آن شوهر به اذن یا حکم دادگاه همسر دائمی خود را رها می‌سازد تعریف کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۱۹ و ۲۲۰). از این تعریف خصوصیات زیر استنباط می‌گردد:

۱- طلاق ایقاع است: به این معنی که با اراده‌ی شوهر یا نماینده‌ی او واقع می‌گردد و نیازی به موافقت زن ندارد.
۲- طلاق عملی تشریفاتی است: یعنی از لحاظ قانونی و فقهی نیاز به یک‌سری تشریفات خاصی دارد مثل وجود دو شاهد عادل و یا صدور حکم از طرف دادگاه ذی‌صلاح.
۳- طلاق به اراده‌ی شوهر واقع می‌شود: مگر طبق شرایط خاصی که طلاق به درخواست زن صورت می‌پذیرد و در این نوشته در آینده اشاره خواهیم کرد.
۴- طلاق به اذن یا حکم دادگاه واقع می‌شود: چه طلاق به درخواست زن واقع گردد (طلاق قضایی و...) چه طلاق به درخواست مرد صورت گیرد. البته طلاقی که بدون اذن دادگاه واقع شود از نظر فقهی باطل نیست اما ثبت نشده است و شاید قانون آن را به همین دلیل صحیح نداند.
۵- طلاق وسیله‌ی انحلال نکاح دائم است (همان، ص۲۲۰ و ۲۲۱).

بعضی از استادان حقوق فرانسه طلاق (divorce) را چنین تعریف کرده‌اند: طلاق قطع رابطه‌ی زناشویی به حکم دادگاه در زمان حیات زوجین به درخواست یکی از آنان یا هر دو است (صفایی، امامی، ۱۳۹۲، ص۲۲۱؛ مازو، دروس حقوق مدنی) در حقوق امروز ایران طلاق ممکن است به حکم دادگاه یا بدون آن واقع شود. (گر چه ثبت آن نیاز به حکم دادگاه یا گواهی عدم سازش دارد) و در تعریف آن می‌توان گفت طلاق عبارت است از انحلال نکاح دائم با شرائط و تشریفات خاص، از جانب مرد یا نماینده‌ی او و بنابراین طلاق ویژه نکاح دائم است و انحلال نکاح منقطع به بذل یا انقضاء آن می‌باشد (همان).

ماده‌ی ۱۱۳۹ ق.م در این‌باره می‌گوید: «طلاق مخصوص عقد دائم است و زن منقطعه با انقضاء مدت یا بذل آن از طرف شوهر از زوجیت خارج می‌شود. در هر صورتی حتی زمانی که

طلاق به درخواست زن و یا به‌موجب خلع یا مبارات صورت می‌پذیرد طلاق ایقاع محسوب می‌شود- در مورد ایقاع در بخش‌های بعد کاملاً توضیح داده می‌شود- (همان، ص ۲۲۲) دیگر بزرگان-مرحوم استاد امامی- علم حقوق طلاق را پایان دادن به زندگی زناشویی به‌وسیله‌ی زن یا شوهر می‌دانند (امامی، ۱۳۹۱، ج۵، ص۱۰) و در ادامه می‌نگارد: طلاق عبارت از پایان دادن به نکاح دایم از طرف شوهر، اختیار طلاق با شوهر است و صحت آن به موافقت زن یا رسیدگی دادگاه و یا ثبت در دفتر رسمی طلاق نیاز، ندارد (با توجّه به این موضوع که طبق قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق اذن دادگاه ثبت و... در طلاق لازم است)، ولی تحقق آن مانند ایقاعات دیگر از قبیل فسخ، ابراء، و رجوع در طلاق نیست که هیچ‌گونه تشریفاتی را لازم نداشته باشد بلکه یک ایقاع تشریفاتی است که به (دستور ماده ۱۱۳۴ ق.م) باید صیغه‌ی طلاق در حضور حداقل دو نفر مرد عادل که صیغه را بشنوند واقع گردد (همان، ص ۱۴الی ۱۷)

وجه اختلاف معنای طلاق فقهی و حقوقی

همان‌طور که بیان شد به دلیل آمیخته بودن حقوق ما با فقه جعفری معنای حقوقی طلاق با معنای فقهی آن بسیار نزدیک است و شاید تنها وجه اختلافی که می‌توان در آن ذکر کرد تشریفات بیش‌تری است که در طلاق به‌معنای حقوقی آن نهفته است، یعنی علاوه بر وجود دو شاهد عادل مرد که در فقه به آن تصریح شده است، می‌توان وجود اذن دادگاه و ثبت در دفاتر اسناد رسمی را نیز به آن اضافه کرد.در نتیجه اختلاف بین طلاق فقهی وحقوقی یک اختلاف شکلی است نه ما هوی (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص۳۸۰)

معنای مباینت و تفریق

مبانیت از مبانیه لغتی است عربی به‌معنای ناسازگاری، ناسازواری مأخوذ از تازی جدایی و دوری و هم‌چنین به‌معنای جدایی، تضاد، دشمنی، خصومت و تفاوت نیز آمده است (لغت‌نامه دهخدا؛ فرهنگ لغت عمید). تفریق از باب تفعیل فعلی است ثلاثی‌مزید به‌معنای پراکنده کردن، پراکنده شدن و همچنین به‌معنای جدا کردن، کم کردن عدد کوچک‌تر از بزرگ‌تر، جدایی و کاهش نیز آمده است (دهخدا، ۱۳۶۴؛ معین، ۱۳۸۷؛ عمید، ۱۳۵۹).

همان‌طور که از معانی این دو کلمه مشخص گردید هر دو قرابت معنایی دارند و در واقع دو لفظ هستند که در یک معنای مشترک استعمال می‌گردند؛ در فقه نیز فقها به‌جای

واژه‌ی طلاق گاهی از واژه‌های مذکور استفاده نمـوده‌انـد (امـام خمینـی، ج ۲؛ کتـاب حـج، مسئله ۷) و به‌نظر می‌رسد بیش‌تر مقصوداز مفارقت، تفریق جسمانی طرفین می‌باشد، یعنـی زوجین از نظر جسمی از یکدیگر جدا شوند، در واقـع شـاید بتـوان گفـت تفریـق و مفارقـت اخص از واژه‌ی طلاق می‌باشد که گاهی به‌جای آن نیز به‌کار رفته است.

معنای خلع

از نظر لغوی که به معنی فقهی آن نیز نزدیک است به معنای رهائی زن به مالی کـه بـه شوهر می‌دهد آمده است، و هم‌چنین آمده است، رها کردن زوجه بر مالی که از وی ستاند و گفته‌اند رها کردن زنی را به کابین و جزء آن. به‌معانی دیگری نیز که دورتر از معنای فقهـی خلع می‌باشد آمده است مثل عزل کردن کسی از شغل خود، برکنار کردن، کندن، برکنـدن، خلع لباس. (فرهنگ دانشگاهی عربی ـ فارسی، ج ۱، ص۴۰۵؛ فرهنـگ بـزرگ جـامع نـوین ترجمه‌ی المنجد، ج۱، ص۴۱۶؛ دهخدا، ۱۳۶۴؛ عمیـد، ۱۳۵۹؛ تـاج‌العـروس، منتهـی‌الارب؛ لسان‌العرب؛ اقرب‌الموارد)؛ در واقع می‌توان گفت عموم واژه‌شناسان کلمه خلع (به فتح خـاء) را به نزع، قلع، إبانه و إزاله معنی کرده‌اند (ابن‌منظور، ج۸، ص۷۶؛ طریحـی، ج۴،۲، ص۲۲۲). در قرآن کریم نیز به این کلمه اشاره شده است در آیه‌ی ۱۲ سـوره‌ی مبارکـه طـه «فَأَخْلَعْ نَعْلَیک» به‌همین معنا اشاره دارد. نام‌گذاری طلاق خلع نیز به این نام کنایه از خَلْع بـه‌معنـی کندن یا درآوردن لباس است. به تعبیر قرآن کریم زوجین به‌منزله‌ی لباس یکـدیگر هسـتند (بقره، ۱۸۷). نتیجه این‌که معنی لغوی خلع در تعریف اصطلاحی آن لحـاظ گردیـده اسـت؛ برخی از فقها آن را به ازله‌ی قید نکاح و برخی به فک نکاح تعبیر نموده‌انـد (میـرزای قمـی، ۱۴۲۷، ج۱، ص۵۸۹؛ سبحانی، ۱۴۱۴ ه.ق، ص۳۵۷). بنـابراین خلـع یکـی از اقسـام طـلاق است که مورد تأیید فقه واقع شده است و فقها درباره‌ی آن بحث‌هایی انجام داده‌اند. لازمه‌ی طلاق خلع نیز یکی فدیه‌ای است که زوجه می‌دهد و کراهتی که او از شـوهرش دارد یعنـی باید هر دو به این شرایط جمع باشند تا طلاق خلع به‌طـور صـحیح واقـع گـردد (اصـفهانی، ۱۴۲۲، ص۷۹۷)

معنای مبارات

از نظر لغت به‌معنی برابری و نبرد کردن با کسی در کـاری، هـم‌چشـمی کـردن، بـری شـدن از

یکدیگر و بیزار شدن از هم آمده است (دهخدا، ۱۳۶۴؛ معین، ۱۳۸۷). در تعریف اصطلاحی آن می‌گویند: مبارات مانند خلع است، لکن قید کراهت و تنفّر مختصّ زوجه نیست و دوطرفه می‌باشد و از همین‌رو عوض طلاق نباید از مهریه بیش‌تر باشد. بنابراین مبارات نیز یکی دیگر از انواع طلاق است که در فقه راجع به آن بحث‌هایی انجام شده است، و در واقع واژه‌ای است که برای نوع خاصی از طلاق به‌کار می‌رود (حضرت آیت‌ا... العظمی خراسانی (دامت‌ظله)، ۱۳۸۸)

معانی ایلاء

معنای لغوی ایلاء

از ولای به‌معنای نزدیک نمودن (منتهی‌الارب) نزدیک گردانیدن (تاریخ‌المصادر البیهقی؛ المصادر الزوزنی) و به‌معنای نزدیک کردن و نزدیک شدن؛ و هم‌چنین به‌معنای کار بر کسی انداختن، وصیت کردن، و سوگند خوردن (همان؛ ترجمان القرآن ترتیب عادل بن‌علی، ص۲۳) آمده است. شهید ثانی(رضوان الله علیه) در شرح لمعه می‌فرماید: در لغت مصدر باب افعال از فعل «آلی، یولی» می‌باشد و زمانی به‌کار می‌رود که شخصی به‌صورت مطلق قسم بخورد یعنی برای مطلق قسم خوردن به‌کار می‌رود (شرح لمعه، شهید ثانی، ج۷، ص۱۲۲).

معنای اصطلاحی ایلاء

در اصطلاح شرعی عبارت است از این‌که شوهر قسم بخورد که با زن دائمی خود که از جلو یا به‌صورت مطلق [هر چند از عقب باشد] دخول کرده است به‌منظور زیان رساندن به او [و رنجاندن او] نزدیکی نکند که این قسم خوردن به سه صورت می‌تواند باشد:

۱- یا قسم می‌خورد با لفظ ابداً که با او نزدیکی نکند یعنی برای همیشه با او نزدیکی نکند.

۲- یا به‌صورت مطلق و بدون این‌که مقیّد کردن به زمان خاص قسم می‌خورد.

۳- یا قسم می‌خورد که برای مدتی بیش از چهار ماه نزدیکی نکند (همان، ص۱۲۲)

بنابراین ایلاء در اصطلاح شرعی، یک فرد از افراد مصادیق ایلاء کلی [به‌معنای لغوی] می‌باشند.

و از باب اطلاق کلی بر جزئی لفظ ایلاء کلی بر یک فرد و مصداق آن اطلاق شده است، چه آن‌که ایلاء به مطلق قسم خوردن گفته می‌شود و این قسم خوردن مخصوص نیز یکی از افراد و مصادیق قسم خوردن است (همان، ص۱۲۲)

پیشینه‌ی ایلاء به عصر جاهلیت باز می‌گردد، که زوج برای زیان رساندن بـه همسـر خود، بر ترک آمیزش با وی تا مدتی سوگند یاد می‌کرده و با ایـن‌کـار او را هـم از حـق استمتاع با خود، و هم از حق ازدواج با دیگری محروم می‌کرد و گاه پس از پایان مـدت باز سوگند را تکرار مـی‌کـرد (التفسـیر الکبیـر، ج ۶، ۸۵؛ قرطبـی، ۱۳۸۷، ج۳، ص۶۸؛ زحیلی، ۱۹۸۴م، ج۹، ص۷۰۶۹). مرحوم صاحب جـواهر(رضـوان الله علیـه) در ایـن‌بـاره می‌فرماید: ایلاء در زمان جاهلیت نوعی از طلاق بود مانند ظهار که شارع مقـدس حکـم آن را تغییر داد و برای آن احکام مخصوص را طبـق شـرائطی قـرار داد (نجفـی، ۱۳۸۷، ج۳۳، ص۲۹۷)

معانی ظهار

معنای لغوی ظهار

از ماده‌ی ظَهَـرَ بـوده کـه در لغـت بـه‌معنـای پشـت اسـت (لسـان‌العـرب، ابـن‌منظـور، محمدبن‌مکرم، ج۴، ص ۵۲۸)، در توضیح معنای لغوی ظهار مرحوم شـهید ثانی(رضـوان الله علیه) می‌فرماید: ظهار بر وزن فِعال [مصدر باب مفاعله] از ظَهَـرَ [بـه‌معنـای پشـت] مشـتق است و علت این‌که این کلمه را اختصاصاً مشتق از «ظَهَرَ» می‌دانند بـه‌خـاطر آن اسـت کـه محل نشستن در چهارپا [وسیله‌ی سواری] می‌باشد (شهید ثانی، ۱۳۹۸ ه.ق، ج۷، ص۱۰۰)؛ و هم‌چنین مرحوم صاحب جواهر(رضـوان الله علیـه) ظهـار را مصـدر «ظـاهر»ماننـد قاتـل می‌دانند که از الظَهَرَ به‌معنای پشت گرفته شـده اسـت و پشـت را مخـتص محـل نشسـتن می‌دانند (نجفی، ۱۳۸۷، ج۳۳، ص۹۶)

معنای اصطلاحی ظهار

در اصطلاح فقه ظهار نوعی از طلاق است که مـرد در ایـن نـوع از طـلاق بـه همسـرش می‌گوید: «ظَهْرَکَ علی کظَهْر اُمیّ عَلیّ»به این معنی که، پشت تـو نسـبت بـه مـن هماننـد پشت مادرم نسبت به من است، همان‌طور که آمیزش با او حرام است این عمل با تو نیـز بـر من حرام است و با گفتن این عبارت زن تا ابد بر همسرش حرام مـی‌شـود. (فـیض کاشـانی، ج۵، ص۱۴۳)

منظور از ظهار در معنای دقیق لغتی آن طبق نظر برخی از فقهـاء، آن اسـت کـه مکلّـف

زوجه‌ی خود را که مالک نکاح اوست به ظهری تشبیه می‌کند که از طریق نسب یا رضاع بـر او حرام ابدی شده است، لکن برخی دیگر از فقهاء به دو مورد فوق تشبیه به ظهر زنی که به واسطه‌ی مصاهره [دامادی] نیز بر مرد حرام مؤبد شده است را نیز اضافه نموده انـد. (شـهید ثانی، ۱۳۹۸ ه.ق، ج۷، ص۱۰۰)

تاریخچه و شأن نزول آیه در مورد ظهار

ریشه‌ی ظهار را باید در جاهلیت جستجو کرد. در آن زمان، همان‌طور کـه قـبلاً بحـثش گذشت این نوع طلاق بسیار شایع و مرسوم بود؛ به این دلیل که سریع انجام می‌شد و افـراد نوعاً پایبند به احساسات و عواطف نبودند، در واقع در زمان جاهلیت از شدیدترین نوع طلاق محسوب می‌گشت به‌گونه‌ای که با این طلاق زن برای مرد تا ابد حرام می‌شود (تـاریخ‌العـرب قبل‌الاسلام، جوادعلی، المعضل، ج۵، ص۵۵۰ و ۵۵۱). بعد از ظهور اسلام اوس‌بن‌صامت اول کسی است که همسر خود را طلاق ظهار داده است، همسرش شکایت وی را به نـزد رسـول خدا (صلی‌الله‌علیه‌وآله وسلم) می‌برد و حضرت منتظر حکم آن می‌مانند تا این‌که آیات ظهـار نازل گشت ـ یعنی سوره‌ی مجادله آیه ۳ـ (جامع‌البیان، طبری، ج۲۵، ص۱۰؛ قمـی، ۱۳۸۸، ج۱، ص۱۴). با این وجود که حکم مربوط به ظهار خاص است یعنی بـرای موضـوعی خـاص نازل شده است، لکن حکم آیه عام بوده و شامل تمام افراد ظهارکننده می‌گردد (التبیان فـی تفسیر القرآن، طوسی، ج۹، ص۵۴۱).

حکم ظهار در قرآن

ظهار که از طلاق‌های مرسوم در جاهلیت بوده است، در قرآن کریم امری بسیار زشـت و قبیح معرفی شده است، و اگر فردی این عمل را انجام داد بایـد کفـاره‌ی عمـل بـد خـود را بدهد تا بتواند به همسرش رجوع نماید، احکام مربوط بـه ظهـار در قـرآن‌کـریم در سـوره‌ی مجادله آیات شریفه‌ی ۱ تا ۴ و سوره‌ی مبارکه‌ی احزاب آیـه‌ی شـریفه‌ی ۴ مطـرح گردیـده است. در قرآن‌کریم ظهار ممنوع اعلام شده است و در واقع حکم اجرای آن حرمـت اسـت و کسی که آن را اجرا کند معصیت‌کار می‌باشد. بنابراین ظهار حـرام اسـت گـر چـه در اسـلام برای آن احکامی جاری باشد. دلیل حرمت ظهار آیه‌ی ۲ و ۳ سوره‌ی مبارکه‌ی مجادله است آن‌جا که خداوند می‌فرمایند: «إنّهُم لیقولونَ منکراً من‌القولِ و زوراً» محققاً مردانی کـه ظهـار

می‌کنند سخن قبیح و دروغی را می‌گویند. البته باید این را متـذکر شـد کـه از نظـر برخـی عمل ظهار مستوجب هیچ عقوبتی نیست زیرا خداوند به‌دنبـال آن در آیـه فرمـود: «و اِنَّ الله لعفو غَفور» یعنی عفو و بخشش را مطرح فرموده است، لکن در جواب آن‌ها بایـد گفـت ایـن استدلال ضعیف است زیرا صفت عفو یک وصف مطلق است بدون آن‌که به‌عمل خاصی نظـر داشته باشد؛ بنابراین نمی‌توان به‌طور قطع گفت که عفو و بخشش، مخصوص این گناه معین است (شهید ثانی، ۱۳۹۸ ه.ق، ج۷، ص۱۰۰)

در نتیجه دین اسلام از این نوع طلاق نهی کرده است، اما در صورت ارتکاب فـرد بـه آن ترتیب اثر داده با این تفاوت که اگر کسی زنش را ظهار کند طلاق جاری شـده، امـا حرمـت ابد نمی‌آورد و مرد با پرداخت کفاره می‌تواند به زندگی زناشویی خود ادامه دهـد و بـازگردد. بنابراین ظهار نیز در زیرمجموعه‌ی طلاق‌های واجب قرار می‌گیرد، لکن وجوب آن به‌صـورت تخییری است؛ با انتخاب ظهارکننده است یا پرداخت کفاره و رجوع به زن و یـا طـلاق دادن وی (تاریخ‌العرب قبل الإسلام، جوادعلی، المعضل، ج۵، ص۵۵۰ و ۵۵۱)

تعریف طلاق قضایی

طلاق توسط قاضی بدون دخالت زوج در اصطلاح طلاق قضـایی اسـت. مطـابق نظـر فقهای اسلام و قوانین موضوعه و معمول فعلی کشورهای اسلامی اصـل اولیـه در طـلاق این است که واقع ساختن آن در اختیار مرد است و او می‌تواند هر زمانی که لازم بدانـد همسر خود را طلاق بدهد. گرچه ایـن اختیـار مطلـق در قـوانین بعضـی از کشـورهـای اسلامی تا این حد محدود شده است که در صورت وقـوع طـلاق، مـرد بایـد بـه دادگـاه مراجعه کند تا در صورت عدم کارآیی نصایح دادگاه، طـلاق واقـع شـود، ولـی اگـر مـرد مصمم به طلاق باشد بدون اینکه زوجه او اقدام خاصی بتواند انجام دهد، اجازه طـلاق و ثبت آن صادر می‌شود. در جایی که زوج از وظایف قانونی خـود کوتـاهی مـی‌نمایـد، از قبیل استنکاف از پرداخت نفقه، در عسر و حرج قرار گرفتن زوجه به علت وجود امراض صعب العلاج و غیبت‌های طولانی‌مدت زوج و رها کردن زوجه در بلا تکلیفـی، راه بـرای انجام طلاق قضایی از سوی حاکم باز می‌شود. در فصول بعدی به‌طور کامل به کاوش در مورد این طلاق می پردازیم (امامی، ۱۳۹۱، ج۵، ص۸۱ و ۸۲)

معانی عسر و حرج

تعریف لغوی عسر و حرج

عسر و حرج از دو واژه‌ی «عسر» و «حرج» ترکیب شده است. عسر مصدر و به‌معنای دشوار شدن، دشواری، تنگی، سختی و تنگدستی می‌باشد و اسم مصدر عسر، عسرت به‌همان معنای تنگی سختی و دشواری است (فرهنگ فارسی عمید). حرج اسم و به‌معنای تنگی و فشار و جای تنگ، مکان تنگ و پرداخت و نیز به‌معنای گناه، بزه، چنانکه گویند حرجی بر او نیست، یعنی گناه و اعترافی بر او نیست (همان)

تعریف فقهی و حقوقی عسر و حرج

هر عملی که انسان را به تنگنا و ضیغ اندازد، دشوار و سخت هم هست و برعکس، هر کاری که انجام دادنش برای آدمی سخت و شاق باشد. موجب تنگی و اعمال فشار نیز بر او می‌شود را گویند. نکته‌ی مهم که به‌چشم می‌خورد این‌که، مصداق و ضابطه‌ی تعیین عسر و حرج، عرف است که مطابق آن، هر کاری که موجب مضیقه و تنگنا باشد، حرج و دشواری نیز تلقی می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۰، ص۶۲). هم‌چنین قاعده‌ی لاحرج از قواعد معروف اسلامی است و در تمامی ابواب فقه، عبادات، معاملات و سیاسات، جاری می‌گردد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ص۱۳۷)

انحلال عقد نکاح (فسخ و طلاق)

فسخ و طلاق واژه‌هایی است که تحت عنوان انحلال عقد نکاح مطرح می‌گردند. یعنی، این‌دو از اقسام انحلال محسوب می‌شوند. قانون‌گذار مدنی در ماده ۱۱۲۰ ق.م موجبات انحلال عقد نکاح را بیان می‌کند، یعنی فسخ، طلاق و یا بذل مدت در عقد منقطع. انحلال برهم زدن و قطع رابطه‌ی زوجیت است در محلی که اقتضای آن ادامه داشته باشد، آنچه قانون مدنی در این ماده بیان می‌دارد در مقام آوردن انحلال اختیاری است و موارد انحلال اجباری (طلاق واجب) یا به حکم قانون را نیاورده است، و قانون مدنی در موارد آتی تنها متعرض موارد فسخ شده است ـ که امری است ارادی و اختیاری ـ و موارد انفساخ به حکم قانون را مطرح نکرده است. منظور از انفساخ آن است که نکاح خودبه خود به حکم قانون منحل گردد و در مقابل فسخ به این معنا است که زوج و یا زوجه با اعمال خیار فسخ، پیوند را بگسلند. در واقع می‌توان گفت فسخ نوعی از ایقاع است که یک‌طرفه اعمال می‌گردد.

تعریف فسخ

فسخ در لغت به‌معنای نقض، زایل کردن، تباه کردن آمده. فسخ کـه انحـلال ارادی قـرار دارد نیز گفته می‌شود در اصطلاح عبارت است از پایـان دادن حقـوقی قـرارداد بـه‌وسـیله‌ی احدی از طرفین (شهیدی، ۱۳۸۱، سقوط تعهدات، ص۲۰۲).

نکاح در سه مورد زیر به حکم قانون منفسخ و منحل می‌گردد:

۱- مواردی که پس از ازدواج به‌علّت امر حادثی زوجین بر یکـدیگر حـرام گردنـدماننـد موردی که بعد از ازدواج مادرزن فرزند زوج را شیر دهد و ... .

۲- موردی که یکی از زوجین بعد از عقد ازدواج از اسلام خارج گردند ذیـل مـاده ۱۰۵۹ ق.م مطرح شده است.

۳- تفریق موضوع ماده ۱۰۵۲ ق.م از اسباب انحلال قانونی نکاح است، کـه همـان بحـث لعان می‌باشد که هر گاه میان زوجین به‌دلیل انتصاب، زوجه را به زنا و یـا نفـی ولـد جـاری شود جدایی صورت می‌گیرد (این مورد اعم از طلاق واجب است).

از نظر نگارنده مواردی دیگر نیز از فتاوای فقهای امامیه می‌توان به‌دسـت آورد کـه ذیـل عنوان طلاق واجب قرار می‌گیرد که ایـن سـیاهه در ادامـه بـه اثبـات آن مبـادرت مـی‌ورزد (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص۳۳۷ و ۳۳۸)

وجه تمایز و اشتراک فسخ و طلاق

بر طلاق آثاری مترتب است که بر فسخ مترتب نیست لکن از بـین بـردن قیـد نکـاح یـا همان انحلال نکاح وجه اشتراک آن‌ها است، هم‌چنین از حیث داشتن عـده نیـز یکسـان‌انـد ولی همان‌طور که بیان شد در بسیاری از احکام با هم تفاوت دارند کـه در ذیـل بـه‌اختصـار بیان می‌گردد:

۱- در طلاق انشای صیغه لازم است اما در فسخ لازم نیست.

۲- اگر طلاق قبل از دخول صورت پذیرد مهریه نصف می‌شود در حالی‌که در فسخ قبـل از دخول به‌طور کلی مهریه تعلق نمی‌گیرد به جزء عنن که مورد خاصی است. اما فسخ پـس از نزدیکی در این مورد با طلاق فرقی ندارد.

۳- صحت طلاق منوط به وجود شرائط خاصی در زن است در صورتی که در فسـخ ایـن

چنین نیست.

۴- حضور عدلین و استماع آنان در طلاق واجب است در صورتی که در فسخ این چنـین نیست (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص۳۷۳ و ص۳۷۴؛ نجفی، ۱۳۸۷، ج۳۰، ۳۴۴)

تعریف عقد و ایقاع

تعریف ایقاع

در تعریف ایقاع می‌توان گفت که انشاء یک اثـر حقـوقی اسـت کـه بـا یـک اراده انجـام می‌شود و هم‌چنین اگر صدور جمله‌ی انشایی از جانب کسی بدون توقف بر انشائی دیگـر، از طرف کسی دیگر، منشاء به اثر باشد آن را ایقاع می‌گویند مانند طلاق، ابراء، اذن (کاتوزیـان، ۱۳۸۹، ص۴۷۱، ش۴۴۶؛ فیض، ۱۳۹۱، ص ۲۷۹)

تعریف عقد

اهل لغت در مورد عقد معانی مختلفی بیان کرده‌اند از جملـه گـردن‌بنـد، محکـم کـردن ریسمان، پابرجا کردن معامله و قسم، طاق ساختمان، بدرفتاری، پیمـان، رأی و فکـر، بسـته زبان (با تفاوتی که در حرکات آن وجود دارد مثل عَقْد، عَقِدْ، عُقْده و ...) (فرهنگ دانشـگاهی عربی فارسـی، ج ۱، ص۶۱۲، سـیاح؛ فرهنـگ بـزرگ جـامع نـوین، ترجمـه المنجـد، ج ۲، ص۱۰۸۲).

آنچه متناسب با معنی اصطلاحی آن است بستن، گره زدن، عهـد و پیمـان مـی‌باشـد و در اصطلاح عبارت است از این‌که یک یا چند نفر در برابر یک یا چند نفر درباره‌ی امـری حقـوقی نسبت به یکدیگر متعهد و ملتزم شوند، مراد از گره زدن که در معنی لغـوی آن آمـد و نزدیـک به معنای اصطلاحی است، ربـط دادن و بسـتن دو التـزام اسـت، از دو طـرف (متعاقـدین) بـه یکدیگر، پس اگر بگوییم عقد عبارت است از ایجاب و قبول نیز صـحیح اسـت (فـیض، ۱۳۹۱، ص۳۵۲)

قانون‌گذار مدنی، نیز به تبع فقهای امامیه در ماده‌ی ۱۸۳ ق.م همین تعریـف را از عقـد ارائـه می‌نماید. از این تعریف برمی‌آید که هر عقد دو شـرط اساسـی دارد: ۱- در اثـر دو یـا چنـد اراده به‌وجود می‌آید و شاید تفاوت اصل عقد و ایقـاع نیـز بـه همـین قسـم از تعریـف مربـوط گـردد. ۲- نتیجه و منظور از توافق ایجاد تعهد است. این تعریف از انتقاد حقـوق‌دانـان دور نمانـده اسـت

همان‌طور که مرحوم پروفسور کاتوزیان می‌نگارد: در اسلام هیچ‌گاه اثر عقد محدود به ایجاد تعهد نبوده است؛ در واقع ایشان چند اشکال به تعریف فوق می‌نمایند و پس تعریفی که از نظرشان مانع اغیار و جامع افراد هست را ارائه می‌دهند، اشکالاتی که بیان می‌کنند اختصاراً آن است که: اولاً گروهی از عقود جائز هستند که در واقع دو طرف عقد را پای‌بند نمی‌کنند و ثانیاً ماهیت عقود معاوضی را بیان نمی‌کند و ثالثاً شامل عقودی که اثر مستقیم آن تملیک مال است (مانند بیع و هبه) نمی‌گردد، مگر این‌که گفته شود تملیک تعهدی است که پس از ایجاد بی‌درنگ اجراء شده است. از آنچه که گفته شده چنین برمی‌آید که تعریف عقد را نباید با چگونگی اثر آن مخلوط کرد، به همین اندازه که مقصود دو طرف عقد ایجاد اثر حقوقی باشد، نه اینکه وعده‌ی دوستانه و اخلاقی را برای تحقق آن کافی بدانیم، آنچه ضروری است این‌که عهدی استوار ببندند؛ عهدی که به مقتضای آن بتوان حمایت قانون و دادگاه را جلب کرد خواه اثر آن تملیک باشد یا ایجاد تعهد یا اباحه و اذن و مانند این‌ها. پس در تعریف عقد می‌توان گفت: توافق دو انشاء متقابل است که به‌منظور ایجاد (اثر حقوقی) انجام می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۵ و ۱۶ و ۱۷ و ۱۸؛ کاتوزیان، ۱۳۶۹، ج ۱، ش۶)

تفاوت بین عقد و ایقاع

به‌طور معمول، برای تمیز بین عقد و ایقاع گفته شده است که عقد زاده ی تقابل دو یا چند اراده متقابل است. در حالی‌که ایقاع با یک انشاء واقع می‌شود، به تعبیر دیگر اگر مترتب اثر در جمله‌ی انشائی برای به‌وجود آوردن یک امر حقوقی، متوقف باشد بر صدور جمله‌ی انشائی دیگر از طرف شخص دیگر، آن را عقد گویند، و اگر به دو طرف نیاز نباشد آن را ایقاع و اذن گویند. در بسیاری از موارد تشخیص ایقاع از عقد آسان است ولی در پاره‌ای از موارد، ابهام وجود دارد، و از این‌رو بین فقها اختلاف بروز کرده است، مثلاً در جعاله، ودیعه، وصیت و حتی خلع اختلاف است، بعضی آن‌ها را عقد و بعضی ایقاع می‌شناسند. آنچه که قدر متیقّن از کلام فقها به‌دست می‌آید و به بحث موردنظر ما مربوط است و ماحصل این مطلب می‌باشد این است در نزد فقها طلاق جزء ایقائات محسوب می‌گردد، بلکه مثال بارز و واضح فقها و حقوقدانان برای تفهیم مسئله‌ی ایقاع، طلاق می‌باشد (همان، ص۴۷۲؛ همان، ص۳۵۲) در واقع از کلام فقها و حقوقدانان برمی‌آید که ماهیت حقوقی طلاق ایقاع است نه عقد. زیرا با انشاء یک‌طرف صورت می‌پذیرد (شوهر)،

فقها یازده مطلب را تحت عنوان ایقاعات بیان کرده‌اند که یکی از آن‌ها طلاق است (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص۳۷۹؛ نجفی، ۱۳۸۷، ج ۳۲، ص۲)

معانی فتوا

معنای لغوی فتوا

در لغت به‌معنی استنباط شرعی، بخشودگی طبق احکام دینی و فرمان فقیه آمده است. (فرهنگ بزرگ جامع نوین، ترجمه‌ی المنجد، ج ۲، ص۱۱۹۶؛ فرهنگ دانشگاهی عربی-فارسی، ج ۱، ص۶۴۲)، صاحب قاموس می‌نگارد، فتوی بیان حکم. هم‌چنین است فتیا راغب گوید: فتیا و فتوی جوابی است از احکامی که محل اشکال است (قریشی، ۱۳۹۰، ج ۵، ص۱۵۱)؛ نظریه یا رأی مجتهد در احکام شرعی را نیز فتوی گویند (عمید، ۱۳۵۹)

معنای اصطلاحی فتوا

فتوا عبارت است از خبر دادن حکم کلی الهی در موضوعات کلی به استناد دلائل چهارگانه در فقه (کتاب، سنت، عقل، اجماع) اعم از آن‌که به‌صورت خبر القاء شود یا به‌صورت امر. به‌عنوان مثال فقیه پس از فهمی کامل در منابع و استنباط از احکام شرعی و در نهایت اجتهاد اظهار می‌کند که مثلاً شراب حرام است و یا شراب نخورید (ابراهیم‌زاده، ۱۳۸۵، ص۱۸۶)

معنای فتوا نزد فقها و اصولین

تفاوت معنای فتوا نزد فقها باید به تفاوت تعاریف آن‌ها از اصول فقه باز گردد برخی همچون کسانی که در تعریف اخیر از فتوا مشاهده نمودید، موضوع اصول فقه را ادله می‌دانند یعنی منحصر در ادله‌ی اربع و به‌تبع کسانی که این نظر را راجع به اصول فقه دارند تعریف‌شان از فتوا نیز در سیطره‌ی تعریف خود از موضوع علم اصول فقه خواهد بود، لکن برخی از فقها موضوع علم اصول فقه را منحصر به ادله اربع نمی‌دانند بلکه هر دلیلی را که به راه رسیدن به حکم شرعی کمک می‌کند و حکم شرعی را هویدا می‌سازد موضوع علم اصول می‌دانند، و به‌تبع این تعریف گروه اخیر، تعریفشان از فتوا نیز متمایز از تعریف بالا است لذا تعریف گروه اخیر باید این‌گونه باشد که فتوا عبارت است از: خبر دادن حکم الهی در

موضوعات کلی به استناد هر دلیلی که در طریق استدلال فقهی شرکت دارد (فیض، ۱۳۹۱، ص۱۸و۱۹؛ مظفر، ۱۳۶۳، ص۷).

همان‌طور که گذشت ادله مجتهد برای فتوا دادن می‌تواند طبق تعاریف مختلف اصولین از موضوع اصول و فقه متفاوت باشد، لکن به این دلیل که اغلب فتاوای مجتهد طبق ادله‌ی اربع (کتاب، سنت، عقل، اجماع) صورت می‌پذیرد و هم‌چنین اگر قائل به این باشیم که ادله‌ی دیگر نیز می‌تواند منبعی برای موضوع علم اصول و فقه و به‌تبع آن برای فتوا دادن مجتهد باشد، در نهایت آن دلیل دیگر نیز به یکی از این ادله اربع باز می‌گردد به این توضیح که می‌تواند منشاء هر دلیلی در این دلائل اربع منحصر گردد یعنی حداقل این است که هر دلیلی را که فرض کنیم مجتهد از آن به حکم الهی می‌رسد نهایتاً به حکم عقل خواهد رسید زیرا سیطره‌ی حکم عقل بسیار وسیع است که در آینده بیش‌تر راجع به آن بحث می‌کنیم.

معنای لغوی ادله

جمع مکسر از دلیل به‌معنای برهان‌ها، حجت‌ها. راهنمایان ادله‌ی اربع کتاب، سنت، عقل، اجماع (عمید، ۱۳۵۹؛ دهخدا، ۱۳۶۴)

معنای اصطلاحی ادله

در اصطلاح همان‌طور که تاکنون روشن شد مقصود فقها از ادله همان دلیل‌های شرعی است که برای اثبات حکم شرعی استفاده می‌شوند یعنی کتاب، سنت، عقل و اجماع (فیض، ۱۳۹۱، ص ۱۸ و ۱۹)

تقسیمات ادله

ادله به فقاهتی و اجتهادی تقسیم می‌گردد؛ هر گاه در مورد شک به احکام واقعی حکمی قانون‌گذاری گردد مثل این‌که شارع بگوید واقعه‌ی مشکوک‌الحکم دارای این حکم است، این حکم غیر از حکم واقعی است که برای ما جعل شده است آنچه مشکوک است حکم واقعی است و حکمی که روی واقعه‌ی مشکوک‌الحکم گذاشته شده است حکم ظارهی است که در برای حکم واقعی مشکوک قرار داده شده است، این یعنی اصول عملیه یا همان ادله فقاهتی در واقع زمانی محتاج آن هستیم که ادله اجتهادی وجود نداشته باشد ادله

اجتهادی همان ادله‌ی اربع می‌باشد که در پیش توضیح داده شد.

ادله اربعه

عبارت‌اند از: کتاب خدا، سنت معصوم (علیه‌السلام)، عقل و اجماع، که بیش‌تر علمای اهل‌سنت و شیعه آن را به‌عنوان مصادر تشریع پذیرفته‌اند و هر یک از آن‌ها به‌عنوان دلیلی معتبر برای استنباط احکام شرعی محسوب می‌گردد. این چهار منبع در اصطلاح فقها ادله اربعه نامیده می‌شود، هر چند برخی از اهل‌سنت به‌جای عقل از قیاس نامبرده‌اند. مشهور اصولین ادله اربعه را به قید دلیل بودن و صاحب فصول مطلق ادله اربعه را موضوع علم اصول دانسته‌اند (امام، محمد کمال‌الدین، ۱۳۸۱، ج ۱، ص۴۱۷)

در نتیجه، هر فتوایی که مجتهد صادر می‌کند بر اساس منبع و دلیل خاصی می باشد یعنی بسته به این‌که نسبت به حکم شرعی چه حالتی پیدا می‌کند منبع مورد استفاده‌اش نیز متفاوت می‌شود به این توضیح که اگر مجتهد نسبت به موضوعی قطع و یا ظن پیدا کرد دلیلی که برای فتوایش استفاده کرده است دلیل اجتهادی است ولی اگر مجتهد در موضوعی شک پیدا کرد دلیل مجتهد دلیل فقاهتی و باید به سراغ اصول عملیه برود. و در کل چه اصول علمیه دلیل مجتهد باشد و چه دلیل اجتهادی مجتهد برای رسیدن به حکم و در نتیجه فتوا دادن باید از ادله اربعه استفاده نماید که در ذیل به اختصار در مورد هر کدام از این ادله بحث داریم:

۱- کتاب: مقصود از کتاب، کتاب خداوند متعال، یعنی قرآن است که آن را به خاتم پیامبران (صلی‌ا... علیه‌وآله‌و سلم) فرستاد. الفاظ و معانی و اسلوب آن همه از سوی خداوند است و پیغمبر هیچ‌گونه دخالتی در انتخاب آن‌ها نداشته است. حجیّت کتاب متوقف بر احراز دو مقدمه است یکی قطع به صدور آن از طرف پیغمبر که به تواتر در نقل آیات ثابت است و دیگر اثبات این‌که قرآن از جانب خدا است، که این دو مقدمه به اجماع برای تمام مسلمین ثابت است و هم‌چنین معجزه بودن قرآن نیز مقدمه‌ی دوم را ثابت می‌کند که تفصیل حجیّت ادله موضوعی است که از حوصله‌ی این سیاهه خارج است و لازم به گفتار دیگری دارد. (فیض، ۱۳۹۱، ص ۲۲ الی ۲۵؛ علامه حیدری، ۱۳۹۱، ص۱۷؛ مطهری، ۱۳۹۰، ج ۳، ص۱۹ الی ۲۶)

۲- سنت: سنت به‌معنای گفتار، کردار و یا تأیید (تقریر) معصوم است که در مورد حجیّت آن از نظر کلی و فی‌الجمله بین مسلمانان اجماع است. سنت در عرف فقها و

متکلمین در برابر بدعت به‌کار می‌رود و عبارت است هر حکمی که به اصول شریعت وابسته است، و بدعت چیزی است که مخالف با اصول شریعت باشد. لکن در معنای سنت و در بسط و قبض آن میان شیعه و عامه اختلاف است. شیعه قول، فعل و تقریر پیغمبر و ائمه اثنا عشر و فاطمه زهرا سلاما... علیهم‌اجمعین را حجت می‌داند و اهل سنت تنها قول، فعل و تقریرحضرت رسول (صلی‌ا... علیه‌وآله‌وسلم) را حجت می‌دانند (فیض، ۱۳۹۱، ص۲۷ و ۲۸)

۳- اجماع: در اصطلاح اصولیین اجماع به اتفاق خاصی می‌گویند و در آن‌که مراد از اتفاق خاص چیست؟ بین اصولین شیعه و اهل سنت اختلاف دامنه‌داری وجود دارد: معنی اجماع از نظر اهل‌سنت متفاوت است یعنی در میان خود اهل تسنن نیز در مورد معنای اجماع اختلاف‌نظر وجود دارد برخی آن را اتفاق اهل حل و عقد می‌دانند (المستصغی، غزالی)، برخی آن را اتفاق امت محمّد (صلی‌ا... علیه‌وآله) می‌دانند و برخی اجماع را اتفاق اهل مدینه می‌دانند و بسیاری از فقها وقتی در مسئله‌ای نظری داشتند و مخالفی نمی‌شناختند این را اجماع می‌نامیدند (ابن‌قیّم جوزیه، ۱۴۲۱ ه.ق، ج۱، ص۳۰)

معنی اجماع نزد شیعه

مرحوم صاحب معالم(رضوان الله علیه) می‌فرماید: اجماع اتفّاق کسانی است که قول آنان در میان امت معتبر است (یعنی متخصصین و فقهاء) اما چه‌طور و با چه شرایطی؟ آن اتفاق افراد متخصصی حجت است که کاشف از قول معصوم(علیهم السلام)باشد ولو افراد داخلی در آن اجماع اندک باشند نیز حجت است به‌دلیل آن‌که کشف از تحول معصوم(علیهم السلام)در آن شده است و به عکسی اگر تمام افراد امت اجماع داشته باشند ولی کاشف از قول معصوم(علیهم السلام)نباشد، اجماع صحیح نیست (فیض، ۱۳۹۱، ص۳۳ الی ۳۵؛ معالم‌الدین، زین‌الدین، حسن، ص۱۶۴ در مطلب پنج)

۴- دلیل عقلی: دلیل عقل یکی از دلیل‌هایی است که بیش‌تر محققان فقه آن را پذیرفته و جزء ادله فقهی محسوب می‌نمایند. اکثر فقهاء آن را در عرض کتاب و سنت، برای پی بردن به حکم شرعی مورد استناد قرار داده‌اند و گروهی آن را در طول کتاب و سنت دانسته‌اند و در جایی و در مورد هر پیش‌آمدی که در آن دلیلی از کتاب و سنت نیافته‌اند به‌عقل استناد جسته‌اند. دلیل عقلی در میان چند تن از قدمای اصولیین از اهمیت زایدالوصفی برخوردار بوده و تقریباً از قرن یازدهم و دوازدهم به بعد، تا امروز تحت تأثیر اندیشه‌های اخباری، قدرت خود را تا اندازه‌ای از دست داده است. در تعریف دلیل عقلی

گفته‌اند: حکم عقلی است در پرتو حسن و قبح افعال و اشیاء کـه بـه‌وسـیله‌ی آن بـه حکـم شرعی برسند و از علم به حکم عقلی در پناه ملازمه، علم به حکم شرعی پیـدا شـود. از ایـن تعریف برمی‌آید که عقل می‌تواند خوبی و بدی یک کار یا چیز را تشخیص دهد و بـر پایـه‌ی همین درک عقلی به حکمی مناسب مثلاً وجوب، حرمت، کراهت و استحباب و حتـی اباحـه دست یابد و با توجّه به قانون ملازمه که آن را از روایات گرفته‌انـد و اجمـاع کافـه‌ی علمـای عدلیه بر اعتبار آن منعقد گردیده است به حکم شرعی دسترسی پیـدا مـی‌کنـد. (یعنـی در واقع عقل به‌تنهایی می‌تواند در مورد هر چیزی و هر مـوردی احکـام خمسـه را پیـدا کنـد). دلیل عقلی به دو قسم تقسیم می‌گردد؛ هر گاه در قیاسی که در ذهن تشکیل می‌گـردد هـر دو مقدمه، یعنی صغرا و کبری عقلی باشند طبعاً نتیجه‌ی آن نیز عقلی محض است و ایـن را دلیل مستقل عقل یا مستقلات عقلیه می‌گویند و هر گاه یکی از آن دو مقدمه عقلی باشـد و دیگری غیرعقلی، مثلاً شرعی باشد، نتیجه‌ی آن دلیل نامستقل عقلی یا غیرمستقلات عقلیـه می‌باشد (فیض، ۱۳۹۱، ص ۴۰ الی ۴۷)

حُسن و قبح عقلی

در این‌که حسن افعال یا قبح آن‌ها عقلی است یا شرعی، یعنی آیا عقل می‌تواند به کمک گرفتن حسن و قبح افعال را درک کند یا این که فقط شرع است که حسـن و قـبح افعـال را باید بیان کند میان مسلمین اختلاف است. اشاعره می‌گوینـد: حسـن و قـبح افعـال فقـط از ناحیه‌ی شرع دانسته می‌شود ولی عدلیه و معتزله گویند افعـال و متعلقـات آن‌هـا بـه دور از حکم شارع، دارای ارزش ذاتی‌اند و عقل به‌خوبی می‌تواند آن‌ها را درک کند. (همان، ص۴۸)

هر گاه عقل خوبی و مصلحت یک فعل را و نیز قبح و زشتی ترک آن فعـل را درک کنـد حکم آن وجوب است، و هر گاه حسن یک فعل و عدم قبح ترک آن را درک کنـد، مسـتحب است. و هر گاه عقل حسن ترک یک فعل و قـبح فعـل آن را درک کنـد، حکـم آن، حرمـت است. و هر گاه درک کند حسن ترک یک فعل را و عدم قبح فعل را، حکم آن کراهت اسـت. و هر گاه حسن و قبح یک فعل را به‌صورت مساوی بیابد حکم آن اباحه است. پـس بنـابراین نظر همه‌ی احکام خمسه‌ی تکلیفی در حکم عقلی وجود ندارد. و فاعل آن زمـانی اسـتحقاق ستایش یا نکوهش را دارد که فعل دارای مصلحت مؤکد یا مفسده مؤکد باشد. البته لازم بـه ذکر است که برخی قائلین به حکم عقلی فقط چهار حکم را به‌وسیله‌ی عقل ثابت مـی‌داننـد و اباحه‌ی عقلی را منکر شده‌اند، برای این‌که میـزان متسـاوی حسـن و قـبح از قلمـرو درک

عقل بیرون است (همان، ص۶۱)

در واقع باید ذیل عنوان دلیل عقلی از سیره‌ی عقلاء بحث نمود چرا کـه ایـن دو عنـوان بـه ظاهر دو عنوان جدا از یکدیگرند لکن کاملاً به یکدیگر وابسته می‌باشـند و اجتهـاد بـدون آن‌هـا امکان‌پذیر نیست؛ و به راستی اگر مجتهد بدون توجّه به عرف، سـیره‌ی عقـلاء، زمـان و مکـان، بنای عقلاء، ارتکاز عقلی، عـادت، سـنت، طریقـه‌ی عقـلاء و الفـاظی از ایـن قبیـل کـه همـه‌ی نماینده‌ی یک معنی هستند فتوائی دهد مثل آن است که در قـرن‌هـای گذشـته زنـدگی کـرده باشد و فتوای او دردی را از جامعه‌ی کنونی دوا نمـی‌کنـد، و در ایـن صـورت معلـوم اسـت کـه جامعه به راهی که خود برگزیده است، می‌رود، و فتوای مجتهد، کـه احیانـاً بـا مصـالح عمـومی سازگاری ندارد، منزوی می‌شود و نقش خود را از دست می‌دهـد. سـیره‌ی عقـلاء روش عمـومی مردم است در محاورات و معاملات و سایر روابط اجتماعی و بـه قـول شـهید صـدر(رضـوان الله علیه): سیره‌ی عقلاء میل و گرایش عمومی آنان است اعم از متدین و غیرمتدین، بـه امـری، در مسیری معین و خطی ویژه. و به قول استاد حکـیم(رضـوان الله علیـه): سـیره‌ی عقـلاء همـان بنای عقلاء است مثل سیره‌ی مردم که آن‌چـه را کـه نمـی‌داننـد از اهلـش مـی‌پرسـند، رجـوع جاهل به عالم، شارع همواره روش عقلاء را در هر زمان و هر مکان معتبر دانسته و تقریـر کـرده است، و یا با سکوت خود مراتب رضامندی و خشنودی خود را به آگاهی ما رسانیده اسـت و هـر جـا کـه سـیره‌ی عقـلاء از جـاده‌ی صـلاح و صـواب، انحـراف داشـته جلـویش را گرفتـه اسـت (حکیم،۱۴۳۰ه.ق، ص۱۹۸) مسئله‌ی سیره‌ی عقلاء از اهمیت بسیار فزاینـده‌ای برخـوردار اسـت و مجتهدان را بر آن داشته است که توجّه به عـرف و سـیره را، بـه‌عنـوان یکـی از شـرایط مهـم اجتهاد به بررسی گیرند از جمله امام‌خمینی(رضوان الله علیه) را بر آن داشته که تحت عنـوان، تأثیر زمان و مکان در متعلق و موضوع حکم، و فتـوی توجـه مجتهـدان را بـه‌معنـی گسـترده و بیکران عرف و سیره‌ی عقلاء جلب کنـد؛ علمـای دیگـر نیـز غیـر امـام بـه ایـن موضـوع توجّـه داشته‌اند که از جمله مـی‌تـوان بـه آیـتا... العظمـی شـهید صـدر(رضـوان الله علیـه) و اسـتاد محمدجوادمغنیه(رضوان الله علیه) نام برد. استاد مغنیه(رضوان الله علیه) گوید: سـیره‌ی عقـلاء و بنای عقلاء همان عرف عام است. از هر دین و مذهب، و شارع، سید، و پیشـوای اهـل عـرف و عقل است که در قانون‌گذاری خود به عرف مـألوف و متـداول توجّـه داشـته و در پرتـو عـرف و سیره با مرد سخن گفته است، بسـیاری از احکـام شـرعی از جملـه قضـاء و غیـر آن بـر محـور سیره‌ی عقلاء و عرف می‌چرخد (علم‌الأصول الفقه فی ثوبه الجدید، مغنیـه، ص۲۲۲)مـراد اسـتاد

مغنیه این است که شارع مقدس عرف را به‌طور عام، و در هر عصر معتبر دانسته و تقریر کرده است و اگر باز بخواهد تقریر و امضاء کند تحصیل حاصل است. آیتا... شهید صدر(رضوان الله علیه)می‌فرمایند: در سیره‌ی عقلاء برای ما همین بس است که ثابت شود که طبع و طبیعت عقلاء اگر به حال خود واقع باشد و شارع جلوی آن طبیعت عقلایی را نگرفته باشد، مقتضای آن طبیعت این است که عملی و سیره‌ای داشته باشد اگر چه اصحاب ائمه فعلاًبه آن صیغه عمل نکرده باشند و لازم نیست ثابت شود که عقلاء در زمان پیغمبر و امام (علیهم‌السلام) بر طبق آن طبیعت فلان سیره را داشته‌اند. آنچه ایشان بیان می‌دارند به این معنا است که لازم نیست عین این سیره‌ی عقلاء که در حال حاضر نیز وجود دارد در زمان شارع نیز وجود داشته باشد (صدر، ۱۳۹۵ه.ق، ص۱۶۸؛ بحوث فی العلم الاصول، صدر، ج۴، ص۲۴۷)

بدون شک این سیره‌ی عقلاء، در محیط اجتماعی زمان ائمه (علیهم‌السلام) تحت تأثیر نیازها و مصالح عمومی ممکن است به‌گونه‌ای تحقق یافته باشد، و با گذشت زمان و تغییر شرایط، تحولی در آن سیره نیز به وجود آمده باشد و رنگ دیگری به خود گرفته باشد و به‌صورت کامل‌تر جلوه کرده باشد. در این حالات مادامی که شارع جلوی طبیعت عقلاء را نگرفته از آن منع نکرده است، تمام این سیره‌ها در زمان‌های مختلف که معمول آن طبیعت عقلایی انسان است، اعتبار دارند و برای ما حجت خواهند بود، و دیگر لازم نیست که به سراغ آن برویم که این سیره‌ی عقلائی در مرئی و منظر امام (علیه‌السلام) بوده است یا خیر. مرحوم امام‌خمینی(رضوان الله علیه) از روش دیگری غیر از روش مرحوم آیتا... شهید صدر(رضوان الله علیه) استفاده می‌نمایند، ایشان معتقدند که پیغمبر و امام (علیهم‌السلام) به حال و وضع زمان‌های آینده آگاهی داشته‌اند و می‌دانستند که در زمان‌های آینده و دوران غیبت کبری، در میان جامعه چه روش‌هایی متداول می‌گردد و چه سیره‌هایی سیطره و نفوذ پیدا خواهند کرد، و اگر به آن سیره‌ها که در آینده به‌وجود می‌آیند خوشنود نبودند، باید در آن زمان (زمان حضور خودشان) از آن سیره‌ها که تحقق خواهند یافت، منع می‌گردند ولی چون منع نکردند کاشف از آن است که سیره‌ی عقلاء در هر عصر و زمانی حجت است و حتی اگر سیره‌ی عقلاء نیز در حال حاضر که عصر غیبت امام (علیه‌السلام) است بر ائمه علیهم‌السلام که حافظ و نگهبان شریعت‌اند، و می‌دانسته‌اند که در دوره‌های بلا چه پیش خواهد آمد لازم است که در همان زمان خود، درباره‌ی حوادث اتفاقیّه، دوره‌های متأخر، عکس‌العمل نشان دهند و ناخوشنودی خود را به آگاهی مردم برسانند و به ردع و منع از آن بپردازند (فیض، ۱۳۹۱،

ص۲۱۴ الی ۲۲۱؛ الإجتهاد و التقلید مجموعـه‌ی الرسـائل امـام‌خمینـی، ۱۳۸۸، ص۱۲۵ الـی ۱۳۰)

ارتکازات عقلی

گاهی به جای اصطلاحاتی که در قبل توضیح داده شـد از قبیـل سـیره‌ی عقـلاء، بنـای عقلاء عرف، عادت، تـأثیر زمـان و مکـان در تحدیـد و تعیـین موضـوع حکـم و ... از واژه‌ای ارتکازات عقلی نیز استفاده شده است، سؤال این‌جا است که آیا ارتکاز عقلی نیـز متـرادف بـا اصطلاحات بیان شده در مانحن فیه می‌باشـد یـا خیـر؟ اسـتاد حکیم(رضـوان الله علیـه) در این‌باره می‌فرماید: ارتکاز، مرتکازات عقلی یا حتی مرتکزات متشرعه اخیراً در زبـان برخـی از اساتید اصول فقه، رایج شده است، و ظاهراً مراد از آن این است که علاوه بـر آمـاده بـودن و وجود داشتن سیره بر فعل، یا ترک چیزی، نوع حکم آن در شعور، عقل و عمق ذهن پابرجـا شده باشد ولی منشاء آن را دقیقاً نشناسند ... مقصود استاد این است که اگر فعلـی در پرتـو سیره نخست در ذهن جا افتاده باشد و ملکه شده باشد و استقرار و ثبـوت‌یافتـه باشـد آن را ارتکاز عقلاء گویند و در این صورت از سیره‌ی عقلاء نیز قوی‌تـر و باثبـات‌تـر اسـت. محقـق نائینی(رضوان الله علیه) نیز هم‌چون نظری دارند و می‌فرمایند: مراد از مرتکزات عقلی همـان سیره و طریقه‌ی عقلاء است که با استمرار، دوام و تکـرار بـه مرتکـز عقلـی مـی‌رسـد. لکـن دسته‌ی دیگری از فقهاء در مورد ارتکازات عقلی نظر دیگری دارنـد از جملـه مرحـوم شـهید صدر(رضوان الله علیه) می‌فرمایند: مراد ما از سیره‌ی عقلاء چیزی است اعم از روش خـارجی عقلاء، که بالفعل در میان جامعه متداول است. اعم است، یعنی به صورتی اسـت کـه شـامل مرتکزات عقلی نیز می‌شود، و بعد از آن ایشان مرتکزات عقلی را این‌گونه معرفی می‌نماینـد: چیزهایی که در عقل عقلاء و ذهن آنان تمرکز و استقراریافته اگر چه فعلاً سلوک خارجی به آن مرتکز عقلی وجود نداشته باشد. به‌خاطر آن‌که موضوع آن هنوز تحقق‌نیافته است. [یعنی در واقع در ذهن عقلاء آن مسائل و موضوعات راجع به هر چیزی وجود دارد به‌صورت بـالقوه و منتظر وقوع حادثـه‌ای خـارجی اسـت تـا آن‌کـه بـه‌صـورت بالفعـل بـروز نمایـد و حکـم نمایـد](فـیض، ۱۳۹۱، ص۲۳۵ و ۲۳۶؛ حکـیم، ۱۴۳۰، ص۲۰۰؛ سجلماسـی، ۱۳۷۸، ج۳، ص۱۹۳؛ بحوث فی علم الاصول، صدر، ج۴، ص۲۳۴)

معانی واجب

معنای لغوی واجب

در لغت به‌معنای لازم، ناگزیر و حتمی است. و هچنین بـه‌معنـای وظیفـه، ضـروری، تعهـد آمده است، و آنچه که عمل آن لازم باشد و مکلّف را بفعلش ثواب و به تـرکش عقـاب نماینـد نیز آمده است. و گفته‌اند فعلی که عمل به آن لازم است و ترکش گناه دارد، و به‌معنای سـزاوار شایسته نیز آمده است (فرهنگ بزرگ جامع نوین ترجمـه‌ی المنجـد، ج۲، ص۱۷۶۲؛ فرهنـگ دانشگاهی عربی به فارسی، ج ۱، ص۹۱۱؛ دهخدا، ۱۳۶۴؛ معین، ۱۳۸۷؛ عمید، ۱۳۵۹)

معنای اصطلاحی واجب

در اصطلاح فقه اسلامی واجب عملی است که انجامش بر مکلّـف لازم اسـت و تـرک آن عذاب دارد. در واقع هر گاه فعل چیزی، متعلق طلب اکید و بعث شدید قانون‌گذار باشـد، آن را واجب گویند. تفاوت بین واجب و وجوب در آن است که وجوب خود حکم است کـه یکـی از احکام خمسه‌ی تکلیفی است، ولی واجب فعلی است که حکم وجوب بـه آن تعلّـق گرفتـه است. در مواردی که مسأله با دلیل نقلی همراه است و مستقیماً به شـرع منتسـب اسـت بـه واجب تعبیر می‌شود در صورتی که دلیل عقلی باشد، به‌طوریکه نتوان آن را به شرع منتسب دانست، معمولاً از آن به لازم تعبیر می‌شود (آموزش فقه، فلاح‌زاده، ص۲۲؛ بی‌آزار شـیرازی، ۱۳۷۲، ج۱، ص۷۳؛ فیض، ۱۳۹۱، ص۲۷۲)

تعریف طلاق واجب

همان‌طور که گفته شد طلاق نیز مانند سـایر موضـوعات بـه احکـام خمسـه‌ی تکلیفیـه منقسم می‌گردد لکن قسم مباحی برای طلاق نمی‌توان متصور بود زیرا طلاقی که نه فعلـش رجحان داشته باشد و نه ترکش، یعنی نسبت به رجحـان و تـرک آن مسـاوی باشـد وجـود ندارد بلکه انجام دادن طلاق یا باید راجح باشد یا مرجوح و هر کدام از این چهار قسم یـا بـا منع از نقیض آن است و یا بدون آن، حال اگر طلاق راجح باشـد بـا منـع از نقـیض آن کـه همان طلاق واجب است و طلاق راجح همان طلاق مستحب است و طلاق مرجوح با تعیـین نقیض آن همان طلاق حرام است و طـلاق مرجـوح بـا عـدم تعیـین نقـیض طـلاق مکـروه می‌باشد. بنابراین طلاق تقسیم می‌شود به طلاق واجب، مستحب، حرام و مکروه. (شرح‌لمعه،

شهید ثانی، ج۷، ص۱۲۰؛ نجفی، ۱۳۸۷، ج ۳۲، ص۱۴۰)

در واقع زمانی که سخن از طلاق واجب می‌رود آن موردی است که مرد ملتزم به طلاق دادن زن می‌گردد طبق شرایطی که در فقه آمده است و اگر این‌کار را انجام ندهد اولاً به این دلیل که حکمی از احکام شارع مقدس را انجام نداده است مستوجب عقوبت و کیفر است و ثانیاً قاضی نیز می‌تواند او را مجبور به این‌کار نماید و در مرحله‌ی بعد اگر نپذیرفت رأساً اقدام به طلاق دادن زوجه نماید (شرح‌لمعه، شهید ثانی، کتاب الطلاق)

فصل دوم

طلاق و اقسام آن در فقه و حقوق موضوعه

گفتار اول: طلاق در قرآن و سنت

مقدمه

برای اینکه تقسیم‌بندی‌های مختلف از طلاق و بحث‌های فقهاء را مورد بررسی قرار دهیم ابتدا لازم است آنچه که راجع به طلاق در مبانی استنباط فقهی فقهاء آمده است را مورد بررسی و تحلیل قرار دهیم، تا زمانی که بر سر کتاب‌های فقهاء برای تفحّص می‌رسیم پیش‌زمینه‌ی مناسبی برای تحقیق داشته باشیم. برای همین است که ابتدا به بحث طلاق در قرآن و سنت می‌پردازیم.

طلاق در قرآن

قرآن مجید در سوره‌های بقره، نساء، احزاب و طلاق آیاتی در مورد طلاق دارد. به‌طور کلی بیان این آیات در مورد موضوعات ذیل است: مسأله‌ی وقوع طلاق به دست مردان، حکم عده و رجوع در ایام عده، شاهد گرفتن در هنگام طلاق و رجوع، مقدار عده‌ی زن حامله، اسکان و انفاق به زن در ایام عده رجعی و عده‌ی زن در دوران حمل.

- *آیه‌ی اول سوره‌ی طلاق:* «یا ایُّها النبُّی إذا طلقْتُم النسآءَ فَطلقوهُنّ لعِدَّتهِنَّ و أحصوا العدةَ و أتقواالله رَبکّم لاتخَرجوُهَنَّ من بیوتهن و لایخْرُجْنَ إلا تأتینَ بفاحشةٔ مُبینةٔ و تِلکَ حدودُ اللهِ و مَنْ یَتَعَدَّ حدودَ الله فَقَد ظَلَم نفسه لاتَدری لعل الله تُحْدِثُ بَعْدَ ذلک امراً»

ترجمه‌ی آیه: الا ای پیغمبر (امت را بگو) هر گاه زنان را طلاق دهید به وقت عده آن‌ها را طلاق دهید و زمان عده را بشمارید و از خدا که آفریننده‌ی شما است بترسید و آن زنان را (تا در عده‌اند) از خانه بیرون مکنید، مگر آن‌که آشکارا کار زشتی مرتکب گردند. این

احکام حدود (شرع) خدا است و هر کسی که از حدود الهی تجاوز کند به خویشتن ستم کرده است. تو ندانی شاید خدا پس از طلاق کاری از نو پدید آورد (یعنی میل رجوع به یکدیگر کنید).

- *شأن نزول آیه:* یکی از همسران حضرت رسول (صلی‌الله‌علیه‌وآله) به‌نام زینب بنت جحش به ایشان عسلی می‌داد و حضرت تناول می‌فرمود. زمانی که به گوش عایشه رسید این خبر برایش سنگین آمد، و می‌گوید که من با حفصه قرار گذاشتیم که هر زمانی حضرت نزد ما آمدند بگوییم آیا صمغ «مغافیر» خورده‌ای؟! [مغافیر صمغی است بسیار بد بو] روزی حضرت نزد حفصه آمد و حفصه نیز طبق قرارشان همان حرف را خدمت ایشان عرض کرد. حضرت فرمودند: من مغافیر نخورده‌ام بلکه عسلی را که نزد زینب بود خورده‌ام و قسم می‌خورم که دیگر از آن عسل نخورم ولی تو این موضوع را به کسی نگو و به گوش زینب نیز مرسان. ولی سرانجام او، این راز را فاش کرد و بعداً هم معلوم شد که اصل این قضیه توطئه بوده است و پیامبر نیز سخت ناراحت شدند و پنج آیه‌ی اول سوره‌ی طلاق نازل شد (لطفی، ۱۳۹۰، ص۲۷۱ و ۲۷۲)

- *بیان حکم آیه‌ی اول سوره‌ی طلاق:* در واقع اولین حکمی که از آیه‌ی شریفه استفاده می‌گردد مشروعیت طلاق است. همان‌طور که در فصل اول مبسوطاً بحث شد طلاق در مسیحیت ممنوع بود و در جاهلیت نیز با روش غیرعادلانه و بدون رعایت حقوق همسران اعمال می‌گردید. اسلام اولاً طلاق را مجاز و مشروع می‌داند و ثانیاً حقوق زنان مطلقه را نیز حفظ می‌کند، در این آیه ضمن اعلام مشروعیت اصل طلاق به برخی از مقررات حمایتی زنان مطلقه اشاره فرموده است از جمله این‌که در زمان عده زن حق سکنی دارد و نباید از خانه اخراج شود و هم‌چنین طلاق باید در طهر غیرمواقعه صورت پذیرد و زمان عده نیز باید محاسبه شود (همان، ص۲۷۳ الی ۲۷۷؛ گرجی، ۱۳۸۸، ص۱۴۰ و ۱۴۱؛ خلیلی قبله‌ای خویی، ۱۳۹۱، ص۷۷ و ۷۸)

- *آیه‌ی دوم سوره‌ی طلاق:* «فإذا بَلَغْنَ أجَلَهُنَّ فَإمسکوهُنَّ بمعروف أوفارتوهُنَّ بمعروف و اشهدوا ذوی عدل منکوم و اقیموا لشهادۀ کلهِ ...» ترجمه: آنگاه که (زنان مطلقه) مدت عده را به پایان رساندند به زبان نیکویی نگاه‌شان دارید یا به خوش‌رفتاری رهایشان کنید و نیز دو مرد عادل و مسلمان را گواه گیرند و برای خدا اقامه گواهی کنید... .

- *بیان حکم آیه‌ی دوم سوره‌ی مبارکه طلاق:* آیه اشاره به امکان رجوع مرد در زمان عده و در واقع نگاه داشتن زن در همان وضعیت قبلی (نکاح) یا عدم رجوع و جدا شدن

کامل از زن با گذشتن ایام عده پرداخته است و هم‌چنین ظاهر آیه نمایان‌گر لزوم گرفتن شاهد در رجوع است. مفسرین امامیه امر به شاهد گرفتن را مختص طلاق گرفته و برای رجوع گفته‌اند شاهد گرفتن مستحب است. لکن مفسران و فقهای اهل تسنن آن را واجب دانسته‌اند (تفسیرالمیزان، ج ۱۹، ص۳۶۲؛ تفسیر مجمع‌البیان، ج۱۰، ص۴۵۴؛ تفسیر کشاف، زمخشری، ج۴، ص۵۵۲)

- *آیه‌ی چهارم سوره‌ی طلاق:* «وَ اللائی یَئِسْنَ مِنَ الْمَحیض مِنْ نِسائِکُمْ اِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَهُ أشْهُرٍ وَ اللائی لَمْ یَحِضْنَ وَ اُولاتُ الْاَحْمالِ اَجَلَهُنَّ اَنْ یَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ...».

ترجمه: و از زنان شما آنان که از حیض (و آوردن فرزند) ناامید هستند اگر باز شک (در یائسه شدن‌شان) دارید عده‌ی طلاق آن‌ها سه ماه است و نیز زنانی که حیض ندیدند؟ لیکن در سن حیض باشند آن‌ها نیز سه ماه عده نگاه دارند و زنان حامله مدت عده‌شان تا وقت زاییدن‌شان است ... .

- *بیان حکم آیه‌ی چهارم سوره‌ی مبارکه‌ی طلاق:* آیه‌ی شریفه در مقام بیان حکم عده‌ی طلاق زنانی است که عادت ماهانه نمی‌بینند که عده‌ی آن‌ها سه ماه تعیین شده است (همان، ج۱۹، ص۳۶۶)

- *آیه‌ی ۲۲۸ سوره‌ی مبارکه‌ی بقره:* «و الْمُطَلَّقاتُ یَتَرَبَّصْنَ بأنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ»

ترجمه: زنانی که طلاق می‌گیرند یا شوهران‌شان آن‌ها را طلاق دهند باید تا سه دوره پاکی از شوهر کردن خودداری کنند (لطفی، ۱۳۹۰، ص۲۸۷)

- *بیان حکم آیه‌ی ۲۲۸ سوره‌ی مبارکه‌ی بقره:* ابتدا آیه مشروعیت عده را بیان می‌دارد و سپس از، مدت عده‌ی زنانی که عادت زنانگی را می‌بینند بحث می‌کند (همان، ص۲۸۷ و ۲۸۸)

- سوره‌ی مبارکه‌ی بقره نیز ۸ آیه در مورد طلاق تشریع گردیده است، در این آیات نیز با اطلاع از وقوع طلاق به‌دست مرد، مقرراتی را در جهت مساعدت با زن و رعایت حال او بیان می‌فرماید. در آیات ۲۳۶ و ۲۳۷ این سوره این دستور را به مرد می‌دهد که در صورت طلاق دادن زوجه قبل از دخول باید نصف مهریه را به او بپردازی (مهرالمتعه، ماده۱۰۹۳ ق.م) و در آیه‌ی ۲۴۰ این سوره دوباره تأکید می‌فرماید که خوب است مالی به زن دهید. همان است که برخی از فقهای اهل‌سنت پرداخت آن را هم به‌عنوان مهرالمتعه واجب می‌دانند و در قوانین موضوعه و احوال شخصیه برخی از کشورهای عربی (مثل مصر) تصریح

شده است که مرد به هنگام طلاق به غیر از تأدیه مهر و نفقه‌ی ایام عده باید مبلغی به‌عنوان مهرالمتعه به زن بدهد (لطفی، ۱۳۹۰، ص۳۰۱ الی ۳۱۱؛ تفسیر المنار، رشیدرضا، ج۲، ص۴۵۲؛ الأحوال الشخصیه للمسلمین، چاپ پنجم، قاهره، ۱۹۹۴)

- *آیات ۲۲۹ و ۲۳۰ سوره‌ی مبارکه‌ی بقره در بردارنده‌ی دو حکم است:* اول محدود کردن طلاق قابل رجوع برای مرد و دیگری بیان طلاق خلع یعنی طلاق در مقابل گرفتن فدیه از زن.

- *حکم آیات ۲۲۹ و ۲۳۰ سوره‌ی مبارکه‌ی بقره:* در مورد صدر آیه‌ی شریفه‌ی ۲۲۹ سوره‌ی بقره بدین‌معنا است که طلاق قابل رجوع دو بار است و بعد از آن یا باید زن را به‌خوبی و نیکی نگه داری و یا آن‌که با خوبی و نیکی او را طلاق دهی و رها کنی و آیه‌ی ۲۳۰ می‌فرماید: اگر بعد از دو بار طلاق دوباره طلاق انجام شد زن بر مرد حرام می‌گردد مگر این‌که با مرد دیگری نکاح کند (مُحلل) و سپس طلاق دهد (طبرسی، ۱۴۰۸ ه.ق، ج۱، ص ۵۷۸)

نشوز و شقاق در قرآن و کلام فقهاء

در سوره‌ی نساء آیات ۳۴ و ۳۵ در مورد نشوز و نافرمانی زن نسبت به مرد و در مورد بروز اختلاف بین آن‌ها، احکامی را بیان کرده است. آیه‌ی ۳۴ بعد از آن‌که قیمومت و برتری مردان به‌لحاظ بودن نفقه در دست آن‌ها را بیان می‌دارد، زنان فرمان‌بردار و حافظ مال و ناموس شوهر در غیبت او را به‌عنوان زنان شایسته معرفی می‌نماید، می‌گوید: زنانی که نشوز و تمرّد آن‌ها را مشاهده می‌کنید، ابتدا آن‌ها را نصیحت کنید، در خوابگاه بعداً از آنان دوری جویید، بعد از آن ترک‌شان کنید و در آخر آن‌ها را بزنید اگر اطاعت کردند و فرمان بردند دیگر کاری به آن‌ها نداشته باشد. آیه‌ی ۳۵ امر به تعیین داور از خانواده‌ی زن و شوهر می‌فرماید بلکه آن‌ها بتوانند موضوع اختلاف را بررسی نمایند و به صلح و سازش برسند و در واقع مانع جدایی زوجین از یکدیگر و یا احیاناً اجحاف یکی بر دیگری بشوند. فقهاء از این دو آیه این‌گونه برداشت کرده‌اند که سه درجه برای نشوز می‌توان فرض کرد: نشوز زن، نشوز مرد و نشوز هر دو که مورد اخیر را شقاق می‌گویند که به‌معنای اختلاف و شکاف عمیق بین زن و شوهر است. مرحوم شهید ثانی(رضوان الله علیه)در مسالک‌الأفهام می‌فرماید: «إذا کان النشوز منهما کان هو الشقاق نفسه» یعنی این را می‌رساند که ممکن است نشوز سه حالت

فوق را داشته باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ج ۸، ص۳۵۶ و ۳۶۴؛ مهرپور، ۱۳۸۷، ص۱۸۱و۱۸۲) در مورد حالت اول که نشوز از جانب زن باشد مرد می‌تواند طبق حکم آیه۳۴ سوره‌ی نساء عمل نماید. لکن در مورد حالت دوم که نشوز از ناحیه‌ی مرد باشد، در این‌جا نیز زن می‌تواند حقوق خود را مطالبه نماید و از دادگاه الزام شوهر را به ایفای حقوق خویش بخواهد و اگر شوهر بعد از الزام دادگاه نیز تمرّد کرد دادگاه او را تعذیر می‌نمایند و مجبور می‌کند. شق سوم که نشوز از جانب هر دوی آن‌ها می‌باشد و آیه‌ی ۳۵ سوره‌ی مبارکه نساء در مورد آن بحث می‌کند ناظر به مورد تعیین حاکم می‌باشد تا حاکم بتواند بین آنان سازش برقرار سازد.

ایلاء و ظهار در قرآن

در رابطه با مسأله‌ی جدایی زن از شوهر و اقدام و تصمیم مرد برای جدا شدن از زن قرآن کریم به دو رویه‌ی دیگر غیر از طلاق در زمان جاهلیت اشاره کرده است و به‌نظر می‌رسد این نوع اعمال را به‌نوعی تقبیح و تحریم نموده است و مصداق بارز برای وجوب طلاق دادن زوجه بعد از انجام این دو عمل است. در مورد ایلاء دو آیه ۲۲۶ و ۲۲۷ سوره‌ی بقره مقرر می‌دارد: «للذین یولونظ من نِسائِهم تربص اربَعَةَ أشْهُر فإن فأوا فان الله غفور رحیم و إنْ عزموا الطلاق فإنَّ الله سمیعُ العلیم». ترجمه: مردانی که ایلاء می‌کنند (یعنی سوگند می‌خورند که برای اذیّت همسران‌شان با آنان نزدیکی نکنند) چهار ماه باید صبر کرد اگر در این مدت رجوع کردند (یعنی از قسم خود برگشتند) خداوند آمرزنده و مهربان است و اگر تصمیم بر طلاق گرفتند خداوند شنوا و دانا است. حکمی که خداوند در این آیه‌ی شریفه بیان فرموده است بدین قرار است که چنین مردانی اگر ایلاء کنند یا باید حداکثر پس از چهار ماه از قسم خود برگردند (و کفاره‌ی آن را بدهند) و یا باید زوجه‌ی خود را طلاق دهند. در صورت امتناع شوهر از بازگشت و نوعاً أمتناع از طلاق دادن زوجه حاکم زوج را مجبور به رجوع و یا طلاق می‌نماید و در آخر اگر طلاق نداد برخی از فقهاء معتقدند که دادگاه طلاق را واقع می‌سازد و برخی این اختیار را نداده و می‌گویند دادگاه زوج را حبس می‌کند و بر او سخت می‌گیرد تا طلاق دهد (مهرپور، ۱۳۸۷، ص۱۸۳ تا ۱۸۴؛ منهاج‌الصالحین، آیتا... خویی، ج۲، کتاب ایلاء، ص۳۰۲؛ تحریرالوسیله، امام خمینی، ج۲، ص۳۵۷)

در مورد ظهار نیز آیات ۱ تا ۴ سوره‌ی مجادله با تلخی و تقبیح حکم آن را بیان می‌فرماید. ظهار یعنی مردی همسر خود را به پشت یکی از محارم خود تشبیه می‌کرد. در این حالت از نظر فقهی آمیزش با زن حرام می‌گردد و باید کفاره بدهد تا آمیزش کند و اگر اقدام به آمیزش نکرد و زن از این موقعیت ناراضی بود، زوجه می‌تواند به دادگاه مراجعه نموده و دادگاه سه ماه به زوج مهلت می‌دهد و پس از آن همان حالاتی که در مورد ایلاء بیان شد را اجرا می‌کند (همان ص۱۸۵؛ همان ص۳۰۱؛ همان ص۳۵۶)

حکم طلاق در قرآن تأسیسی است یا امضائی

از نحوه‌ی بیان آیات مختلف که در قرآن در مورد طلاق نازل شده است، و با عنایت به تاریخچه‌ی طلاق در جاهلیت، می‌توان به این نتیجه رسید که در زمان نزول قرآن یک‌سری روابطی بر نکاح و گسستن آن حاکم بوده است، و قرآن‌کریم همان ضوابط و مقررات را با برخی اصلاحات که عمدتاً در جهت محافظت از حقوق زن و در راستای اجرای عدالت بوده تثبیت فرموده است، و کم‌تر حکم مستقل ابتدایی در این زمینه در قرآن اعلام گردیده است (حکم تأسیسی) همان‌طور که بیان شد در جاهلیت مرد می‌توانسته زن را طلاق دهد و پس از طلاق زن باید مدتی را به‌عنوان عده انتظار می‌کشید و تا آن مدت پایان نیافته حق ازدواج با دیگری را نداشت و در واقع به‌طور کامل رها نبوده است و مرد نیز می‌توانسته در ایام عده رجوع نماید و نیازی به مواقفت زن نبوده است و بارها و بارها این‌کار را تکرار کند (یعنی طلاق دهد و هر چند بار بعد از هر طلاق رجوع کند)، و هم‌چنین مرد می‌توانست بعد از طلاق، زن را از خانه بیرون راند! و مهریه و اموال دیگری را که به زن داده است بازپس گیرد! در واقع با ظهور اسلام و نزول قرآن حکم اصلاحی نسبت به این امور و رویه‌ی جاریه در جاهلیت نازل گردید و آن حکم در جهت تعدیل اختیارات مرد بوده است، به‌صورتی که در مورد طلاق نفرمود مردان هر وقت که می‌خواهند و تحت هر شرائطی بدون قید شرط می‌توانند همسران خود را طلاق دهند، بلکه خطاب به پیامبر و مسلمانان فرمود: وقتی می‌خواهید طلاق دهید باید به عده و زمان عده و هم‌چنین عدم بیرون راندن از منزل بعد از طلاق و حق و حقوق مالی زوجه پس از طلاق و دو بار قابل رجوع بودن طلاق توجّه داشته باشید. بنابراین ملاحظه شد که در قرآن در مورد طلاق و به‌ویژه در مورد اختیار طلاق حکم نوظهوری پدید نیامده است یعنی در واقع حکم طلاق که در قرآن مطرح گردیده است

حکمی تأسیسی نیست بلکه با امضاء و با عدم رد و ابطال نظـم موجـود در جامعـه مقـداری اصلاح در آن به‌وجود آورده و در جاهایی نیز ارشاد فرموده است. نکته‌ای که به‌نظر مـی‌رسـد این‌جا است که بسیاری از این تغییراتی که در اصلاح حکم طـلاق بعـد از اسـلام وارد شـده است مربوط به سؤالات و یا متناسب با حادثه موردی است که اتفاق افتـاده اسـت و راه‌حـل متناسب خود را در همان زمان و مکان می‌طلبیده است و چه بسا در زمـان‌هـای دیگـر و در اعصار بعدی آن واقعه علی‌الأصول وجود نداشته باشد، به‌عنوان مثال ممکـن اسـت در همـان جامعه‌ی عربستان در زمان نزول قرآن ظهار وجود داشته لکن در جوامع دیگر در همان عصر این عمل معنا نداشته است و این‌که در آن زمـان در جامعــه‌ی عربســتان ایـن عمـل وجـود داشته نمی‌توانیم آن را عام شمول بدانیم؛ در واقع این همان بحثی است که در مـورد، عـرف و سیره‌ی عقلاء و نقش زمان و مکان در حکم فقهی گذشت. آیا این‌که طبق شرایط زمـانی و مکانی آن دوره حکمی مختص به آن زمان با شرایط امضایی بودن آمده است دلیل می‌شـود که در تمام اعصار و در هر شرایط زمانی و مکانی همان حکم اجرا گردد یا این نوع از احکـام امضائی قابلیت انعطاف‌پذیری و تغییر به نسبت زمان و مکان را دارند یا خیر؟ در هر صـورت آنچه که در آیات قرآنی ملاحظه شد با مفروض دانستن وجود زمام طـلاق بـه‌دسـت مـرد و سلطه‌ی او بر زن، و دادن دستورات و روش‌های اصلاحی در جهـت رعایـت حقـوق زن بـوده است. در اصل شاید بتوان گفت راه‌حل‌های ارائه شده منحصر نیست بلکه با درک حکمـت و فلسفه‌ی آن بتوان راه‌حل‌های مشابهی را در آن به‌کار بست.

همان‌طور فقهای امامیه نیز از این غیرحصری بودن اصـطلاحات اسـلام در مـورد طـلاق استفاده کرده اند؛ و در مسئله‌ی اختیار طلاق در دست مرد با آنکه به این موضوع با توجّه به آیات مذکور تصریح دارند، می‌گویند با قرار دادن شرط در ضمن عقد نکاح می‌توان طـلاق را در اختیار زن قرار داد. برخی از فقهای عامه بر این عقیده‌اند که می‌تـوان در عقـد نکـاح امـر طلاق را به زن تفویض کرد، و فقهای شیعه عموماً پذیرفته‌انـد کـه مـی‌شـود در عقـد نکـاح شروطی را علیه مرد قرار داد، و بیان کرد که اگـر مـرد از انجـام آن شـروط تخلـف کـرد زن وکیل باشد که خود را طلاق دهـد (مهرپـور، ۱۳۸۷، ص۱۸۵ الـی ۱۸۹؛ زحیلـی، ۱۹۸۴ م، ج۷، ص ۳۶۰؛ اصـفهانی، ۱۴۲۲، ج۲، ص۴۳۶). چنانکـه برخـی از فقهـای امامیـه نیـز دادن وکالت به زن در طلاق دادن خـودش را بـه‌صـورت مطلـق جـایز دانسـته‌انـد (صـحیفه‌نـور، امام‌خمینی، ج ۱۰، ص۷۸)

بنابراین، با عنایت به این موضوع که حکم طلاق در قرآن یک حکم امضائی است برخی از فقهاء این قاعده‌ی کلی را استفاده کرده‌اند که اگر مرد به تعهدات زوجیّت خود صحیح عمل نکند نمی‌تواند به‌قدرت مطلقه‌ی خویش در طلاق دادن یا ندادن استناد نماید و از نبودن اختیار برای زن در طلاق سوءاستفاده نماید، بلکه زن می‌تواند الزام شوهر متمرد و غیرعامل به وظائف زناشویی را به طلاق بخواهد (همان، ص۱۹۰)؛ مرحوم شهید مطهری(رضوان الله علیه)بحث را بیش‌تر باز می‌کنند، ایشان به نقل از مرحوم محقق حلی(رضوان الله علیه)در کتاب رساله حقوق الزوجیه می‌فرماید: وی پس از نقل آیه‌ی «الطلاق مرتان فامساک بمعروف أو تسریح باحسان» و آیات مشابه از سوره‌ی بقره می‌گوید: «از این آیات یک اصل کلی استفاده می‌شود و آن این‌که هر مردی در زندگی خانوادگی باید یکی از دو راه را انتخاب کند، یا تمام حقوق و وظایف خانوادگی را به نحو أحسن انجام دهد (امساک به بمعروف) ویا،علقه‌ی زوجیت را قطع و زن را رها سازد (تسریح به احسان)، شق سوم یعنی این‌که زن را طلاق ندهد و به خوبی و شایستگی نیز از او نگهداری نکند در اسلام وجود ندارد و بعید نیست که جمله‌ی فوق معنای اعم داشته باشد؛ هم شامل مواردی بشود که زوج عمداً و تقصیراًزندگی را به زوجه سخت می‌کند، و هم شامل مواردی بشود که هر چند زوج تقصیر و عمدی ندارد ولی به‌هر حال نگهداری جزء زیان و ضرر برای زن چیزی ندارد. در ادامه مرحوم استاد شهید مطهری(رضوان الله علیه)می‌فرمایند: «برخی از فقهاء در همین‌جا دچار لغزش شده‌اند و این گمان را کرده‌اند که آیات مخصوص مردان است که می‌خواهند در عده رجوع کنند، خیر این آیات تکلیف همه‌ی مردان را در هر حال در برابر همسران‌شان روشن می‌کند. دلیل ما این است که ائمه اطهار (علیهم‌السلام)در غیر مورد عده نیز به این آیات اشاره می‌فرمودند، مثل اینکه امام باقر(علیه‌السلام) فرمود: ایلاءکننده (یعنی کسی که قسم می‌خورد با زن خود نزدیکی نکند) پس از چهار ماه اجباراً باید قسم خود را بشکند و کفاره بدهد و یا زن خود را طلاق دهد (طلاق واجب) زیرا خداوند می‌فرماید: «فإمساک بمعروف أوْ تسریحٌ بإحسان» امام صادق(علیه‌السلام) در مورد مردی که به دیگری وکالت داده بود که زنی برای او عقد کند و از جانب او مهر معین کند، و وکیل این‌کار را کرد ولی موکل وکالت خود را انکار کرد. امام فرمود: بر آن زن حرجی نیست که برای خود شوهر دیگری انتخاب کند، اما اگر آن مرد واقعاً وکالت داد. و عقدی که صورت گرفته از روی وکالت بوده است، بر او واجب است فی ما بینه و بین الله این زن را طلاق

دهد، نباید این زن را بدون طلاق رها کند، زیرا خداوند در قرآن می‌فرماید: «فإمساک بمعروف أوْ تسریحٌ بإحسان» پس معلوم است ائمه‌اطهار (علیهم‌السلام) این آیه را یک حکم کلی و اصل کلی می‌دانند که اختصاصی به مورد خاصی ندارد (مجموعه آثار، مطهری، مرتضی، ۱۳۹۱، ج۱۹، ص۲۹۰ الی ۲۹۲)

نظر نگارنده

آنچه از فحص در بحثی که گذشت به‌نظر می‌آید این است که از نظر فقهای امامیه گاهی اوقات و در برخی از شرایط و مواقع موردی پیش می‌آید که طلاقی که به‌دست مرد است را باید واجب شمرد یعنی مرد باید و الزاماً در آن شرایط زوجه خود را طلاق دهد. در واقع با استناد به آیه‌ی شریفه‌ی ۲۲۹ سوره‌ی مبارکه‌ی بقره فقهاء نظر به این دارند که زندگی زناشویی نباید از دو حالت خارج باشد یا این‌که مرد با حسن معاشرت با زن رفتار نماید و یا این‌که اگر می‌خواهد غیر این رفتار را داشته باشد و زن را در مشقّت، ضرر و سختی قرار دهد تا جایی که خوف افتادن در گناه برای او پیش آید واجب است که او را طلاق دهد دو مصداق از احادیث را نیز که استاد شهید در کتاب خود نقل کرده بودند، نیز بیان کردیم؛ حال موضوع اصلی این‌جا است که مصادیق این طلاق واجب چه می‌باشد آیا منحصر است یا این‌که باز طبق شرایط عرف و سیره‌ی عقلاء و زمان و مکان قابلیت انعطاف را دارد یا خیر؟ در ادامه‌ی این تحقیق ان شاءا... به بیان کامل مصادیق آن می‌پردازیم.

طلاق در سنّت

در این بخش نیز مانند بخش قبل دأب، بر آن نیست که احکام مختلف در مورد طلاق را به بررسی بگیریم، بلکه مقصود بررسی وضعیت حق و اختیار هر یک از زن و مرد در خصوص طلاق است به‌طبع اخبار و روایاتی که از پیامبر اکرم (صلی‌الله علیه و آله) و ائمه‌اطهار (علیهم‌السلام) وارد شده است بر اختیار مرد بر طلاق دلالت دارد. که این دلالت قابلیت بررسی دارد تا به صورت دقیق تر از نظر سندی و دلالی روشن گردد که آیا واقعا این روایت به حق یکجانبه مرد بر طلاق دلالت دارد یا در برخی از موارد این حق به زوجه نیز منتقل گردیده است.

نقل سه صورت از روایات

- **صورت اول:** روایاتی است که طلاق را امری قبیح و زشت و ناپسند می‌شمارد تا جایی که برخی گمان کرده‌اند طلاق حرام است که چند نمونه از آن‌ها به‌شرح ذیل است:

۱- در کتاب شریف فروع کافی روایتی از حضرت امام باقر (علیه‌السلام) موجود است که ایشان فرمودند: پیامبر خدا در مورد مردی که کراراً همسر خود را طلاق می‌داد و با دیگری نکاح می‌کرد و باز او را طلاق می‌داد و این به روال زندگی او تبدیل شده بود فرمود: «اِنَّ اللهَ یَبْغَضُ أوْ یَلْعَنْ کُلُ ذواق من‌الرجالِ و کُلُّ ذواقه من النساء» یعنی خداوند مردان و زنان تنوع‌طلب را دشمن می‌دارد یا لعن می‌کند که بی‌جهت به طلاق روی می‌آورند. (کلینی،۱۳۶۷، ج۶، کتاب‌الطلاق، ص۵۴؛ وسایل‌الشیعه، ج۱۵، ص۲۶۷)

از نظر نگارنده، از این روایت مطلب دیگری نیز می‌توان استنباط کرد و آن این‌که طلاق هم می‌تواند به‌دست مرد باشد و هم به‌دست زن زیرا حضرت در روایت فرمودند خداوند زنان و مردان تنوع‌طلب را که بدون دلیل طلاق می‌دهند لعن می کند، از آن‌جا که زنان را نیز داخل فرمودند نشان می‌دهد که زنان نیز می‌توانند از این حق برخوردار باشند.

۲- از حضرت امام صادق (علیه‌السلام) منقول است که فرمود: «ما من شیء مما احلّه الله عزوجل أبْغَضُ إلیهِ من الطلاق و إنَّ اللهَ یَبْغَضُ المطلاقُ الذَواق» یعنی خداوند در بین حلال‌های خود هیچ چیزی را مغبوض‌تر از طلاق ندارد و خداوند افرادی را که سریع طلاق می‌دهند و باز نکاح می‌کنند دشمن می‌دارد (همان منابع پیشین)

۳- از امام‌صادق (علیه‌السلام) نقل شده است که فرمودند: «اِنَّ الله عزَّوجل یُحِبُ البیتَ الذی فیه العُرس، و یَبْغَضُ البیتَ الذی فیه الطلاق، و ما من شیء أبْغَضُ إلی الله عزَّوجل من الطلاق» یعنی خداوند خانه‌ای را که در آن عروسی است دوست می‌دارد ولی خانه‌ای را که در آن طلاق واقع می‌شود، دشمن می‌دارد، و هیچ چیز نزد خداوند مغبوض‌تر از طلاق نیست (همان منابع پیشین)

۴- روایت از پیغمبر (صلی‌الله علیه و آله) نقل شده است که ایشان فرمودند: هر زنی که بدون جهت از شوهرش طلاق بخواهد بوی بهشت به مشامش نمی‌رسد (المبسوط، شیخ طوسی، ج۵، ص۳)

- **صورت دوم روایات:** روایاتی که طلاق را در اختیار مرد می‌داند:

۱- مهم‌ترین و معروف‌ترین روایتی که در این صورت می‌توان به آن اشاره کرد روایتی

است که از طریق اهل‌سنت از پیامبر گرامی اسلام(صلی الله علیه و آله) نقل شده است [یعنی روایت در کتب اصلی شیعه دیده نشده است] و روایت از این قرار است که حضرت فرمود: «الطلاقُ بید مَنْ أخذ بالساقِ» یعنی طلاق در اختیار کسی است که ساق را در اختیار دارد کنایه از شوهر است که حق انحصاری در متمتع شدن از زن را دارد، مرحوم شهید ثانی(رضوان الله علیه)در شرح این روایت می‌فرماید: مقصود این است که طلاق صحیح و معتبر منحصراً در اختیار شوهر است که وصف فوق را دارد یعنی مالک بُضع است (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ج۹، ص۱۱)، در جای دیگر در شرح‌لمعه می‌فرماید: دلالت بر حصر در این روایت ضعیف است [زیرا هیچ‌یک از ادات حصر در آن به کار نیامده است] (شرح لمعه، شهید ثانی، ج۷، ص۱۹). در واقع از این کلام مرحوم شهید ثانی(رضوان الله علیه) در شرح‌لمعه می‌توانیم این استنباط کنیم ولو اینکه طبق نظر فقهای سلف این روایت را دلیل بر اختیار طلاق برای مرد بدانیم لکن این دلیل حصری نیست و روایت اطلاق را نمی‌رساند و با موارد مختلفی تقیید می‌خورد و طلاق به‌دست زن داده می‌شود یا اینکه طلاق دادن برای مرد واجب می‌شود. در واقع باید گفت: اصل حدیث و شأن نزول آن در مقام بیان انحصار اختیار طلاق در دست مرد نبوده است، آن‌گونه که در سنن ابن‌ماجه نقل شده است. ابن‌عباس می‌گوید: عبدی نزد رسول‌خدا (صلی‌الله‌علیه و آله) آمد و گفت: مالک من کنیزش را به‌نکاح من درآورده و حال می‌خواهد بین من و کنیزش جدایی بیاندازد، یعنی مالک می‌خواهد کنیز را از شوهرش طلاق بدهد. یعنی بدون خواست شوهر و بدون موافقت زن. ابن‌عباس می‌گوید پیامبر به منبر رفت و فرمود: «یا ایّها الناس ما بالَ أحدکم یزوج عبده أمته ثُمَّ یَریدُ أن یَفْرَقُ بَینْهُما؟ إنّما الطلاقُ بید مَنْ أخَذَ بالساق» یعنی: «ای مردم چه شده است که برخی از شما کنیزش را به عقد ازدواج برده‌اش در می‌آورد و آن‌گاه می‌خواهد بین آن‌ها جدایی بیاندازد؟ همانا حق طلاق با کسی است که ساق زن را در اختیار دارد (سنن ابن‌ماجه، تحقیق محمد فوأد عبدالباقی، دار احیاء التراث العربی، ج۱، ص۶۷۲)

دو اشکال اساسی بر دلالت و سند روایت مذکور وارد است. یکی این‌که از طریق اهل‌سنت رسیده و دیگر این‌که منطوق روایت در مورد خاص است یعنی در موردی است که اعمال اختیار طلاق به‌وسیله‌ی مالک کنیز بوده و برای رد اختیار او بیان شده است. حال ممکن است به‌نظر برخی اشکال اول با استناد فقهای امامیه به روایت برطرف گردد که البته استناد آن‌ها نیز در موارد خاصی به این روایت بوده است مثل بحث ولایت و وکالت در طلاق که مرحوم

صاحب جواهر(رضوان الله علیه) بحث فرموده‌اند (نجفی، ۱۳۸۷، ج۳۲، ص۵) لکـن اشـکال دوم به‌جای خود باقی است و محل تأمل است.

۲- حدیث دیگری در فروع کافی که حضرت رسول (صـلی‌الله علیـه و آلـه) فرمـود: «خَمْسَـةٌ لاستیجاب لَهُم رَجُلٌ جَعَلَ الله بیده طلاق امرأته فهی توذیه و عَنْدَهُ ما یَعْطیها و لم نَحِلْ سـبیلها» یعنی پنج دسته‌اند که دعایشان مستجاب نمی‌شود: از جمله مردی که خداوند طلاق را بـه‌دسـت او گذاشته است و این‌کار را نمی‌کند و همسرش را نفرین مـی‌کنـد (کلینـی، ۱۳۶۷، ج۶، ص۵۶؛ وسائل‌الشیعه، ج۱۵، ص۲۷۰ و ۲۷۱)

به‌طبع روایات دیگری نیز که احکام و شرایط طلاق را بیان می‌کننـد بـه اختیـار مـرد در طـلاق اشاره دارند.

– **صورت سوم:** روایاتی که امکان اختیار زوجه را در طلاق مـی‌دهنـد: در ایـن صـورت روایات می‌توان به دو نوع از روایات اشاره کرد؛ نوع اول روایاتی که به زن راهنمایی مـی‌دهـد تا چگونه شوهر خود را راضی به طلاق نماید یعنی روایات مربوط به طلاق خلع و مبـارات، و نوع دوم روایاتی که به حاکم یا دادگاه اجازه می‌دهد که شوهر را ملزم به طلاق نماید و یا به درخور موقعیت به‌جای مرد تصمیم گرفته و طلاق و جدایی را واقع سـازد (مهرپـور، ۱۳۸۷، ص۱۹۵)

ـ *احادیثی که مربوط به طلاق خلع است:* در فصل بعدی به‌صورت مبسوط بحـث طـلاق خلع را به‌مناسبت آراء فقهاء در مورد وجوب یا عدم وجوب آن برای مرد بیان خـواهیم کـرد به‌صورت اجمالی با عنایت بحثی که در فوق انجام دادیم در این‌جا تنها به ذکر نوع احـادیثی که در مورد طلاق خلع واقع شده است می‌پردازیم. طـلاق خلـع نـوعی از طـلاق اسـت کـه به‌واسطه‌ی کراهت شدیدی که زن از مرد دارد به‌وی مالی (به اندازه مهر یا کم‌تر و یا بیش‌تر از آن) پرداخت کرده تا خود را از بند نکاح خارج سازد، این طلاق از نـوع بـائن اسـت یعنـی برای مرد در زمان عده حق رجوع نیست مگر آن‌که زن در ایـام عـده از مـالی کـه بخشـیده است رجوع کند؛ به‌هر حال در مورد،وضـع طـلاق خلـع گفتـه شـده اسـت کـه آیـه‌ی ۲۲۹ سوره‌ی مبارکه‌ی بقره اشاره به آن دارد. آن دو دسته حدیثی که ذکر شد نیز به این صـورت است که برخی از احادیث اشاره به وجوب طلاق خلع دارند و برخی اشاره به استحباب مؤکّد از این نوع طلاق دارند یا بهتـر اسـت بگـوییم دو نـوع از برداشـت فقهـاء در مـورد احادیـث به‌صورت فوق‌الذکر می‌باشد.

ـ *احادیثی که ملزم بودن شوهر را به طلاق اشاره دارد:* در دو مورد دیگر غیرخلع احادیثی وجود دارد که مرد را ملزم به طلاق می‌داند یکی در مورد غایب مفقودالأثر و دیگری در مورد ترک انفاق، در واقع می‌توان گفت در هر دو مورد روایت به‌جایی برمی‌گردد که در صورتی عدم انفاق زوج، او ملزم و مجبور به طلاق می‌گردد و اگر در نهایت امر این کار را انجام نداد از طرف او حاکم متقبّل این امر می‌شود. (همان، ص۱۹۵ الی ۱۹۹)

حقیقت امر این است که با توجّه به آیات و روایاتی که تا این‌جا مورد بررسی واقع شده در حاصل باید اذعان کرد که اختیار طلاق به‌دست مرد به‌عنوان یک حکم قرآنی قطعی گرفته شده است، و ناگزیر برای تطبیق آن با موازین امروزی باید به هر شکل و صورتی آن را توجیه نمود در حالی‌که اگر بتوان خارج از روند اجتهاد سنتی با عنایت به‌نحوه‌ی بیان آیات و روایات و شأن نزول و ملاحظاتی که در طول بحث به آن‌ها پرداختیم، به این نتیجه رسید که، هیچ‌گونه دلیل برای این‌که اختیار طلاق بالفعل در دست مرد باشد وجود ندارد. و در واقع با بحث وجوب طلاق که در پرتو پویایی فقه جعفری معنی پیدا می‌کند می‌توان به این نتیجه رسید که این اختیار نه به‌صورت کامل در اختیار مرد است و نه در اختیار زن بلکه به‌صورت نسبی و فی‌الجمله در اختیار هر کدام از آن‌ها می‌باشد بسته به شرایط زمانی و مکانی که می‌خواهند این تصمیم را بگیرند.

گفتار دوم: طلاق در حقوق و قوانین ایران

سیر تحولات قانون‌گذاری در حقوق ایران

اولین قوانینی که به‌صورت مدوّن در مورد طلاق در حقوق ایران وجود دارد. مـواد ۱۱۲۰ تا ۱۱۵۷ ق.م است که در سال ۱۳۱۳ به تصویب رسید. این مقررات کـه عمـدتاً مقتـبس از فقه امامیه‌اند با تصویب سه قانون حمایت از خانواده در سـال‌هـای ۱۳۴۶ و ۱۳۵۳ و ۱۳۸۱ دستخوش تحولات بنیـادین شـد، لکـن بعـد از پیـروزی انقـلاب و تصـویب قـانون تشـکیل دادگاه‌های مدنی خاص در سال ۱۳۵۸ با اندکی تغییر بار دیگر احیاء شد. با تصـویب قـانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق در سال ۱۳۷۰ تحولاتی در راستای حمایت از حقـوق زن در زمینه‌ی طلاق صورت پذیرفت که با قانون حمایت خانواده پیشین کم و بیش شـباهت‌هـایی دارد. و آخرین قانونی که در راستای حمایت از حقوق زنان در زمینه‌ی طلاق تصـویب گـردد قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ می‌باشد (گرجی، ۱۳۸۴، ص۳۳۷)

موجبات طلاق

در حقوق فعلی ایران می‌توان سه مورد را از موجبات طلاق محسوب کرد:

۱- اراده‌ی مرد ۲- طلاق به درخواست زن ۳- طلاق با توافق زوجین.

۱- طلاق به اراده‌ی مرد (ماده‌ی ۱۱۳۳ اصلاحی ق.م): طبق ماده‌ی مذکور (قبل از اصلاح ماده) مرد اختیار مطلق در طلاق داشت و می‌توانست هر زمان، بدون هـیچ دلیلـی زوجـه‌ی خود را طلاق دهد و به جزء تشریفاتی که در فقه امامیـه بـرای طـلاق منظـور شـده اسـت، هیچ‌گونه محدودیتی برای طلاق وجود نداشت ایـن تشـریفاتی مثـل وقـوع طـلاق در طهـر

غیرمواقعه (ماده ۱۱۴۱ق.م)، اجرای طلاق به صیغه‌ی مخصوص در حضور دو مرد عادل (ماده ۱۱۳۴ ق.م) بودند. عبارت ماده‌ی یاد شده که به‌خوبی نشان‌گر اختیار مطلق و بی‌چون و چرای مرد در امر طلاق است، آن‌چنان قاطعانه و آمرانه انتخاب شده است که جای رسیدگی برای قاضی باقی نگذاشته است و لذا در عمل محاکم را تا حدود زیادی از رسیدگی ماهوی معاف می‌سازد و لزوماً رسیدگی‌ها شکلی می‌باشد، بعد از اصلاحی که در سال ۱۳۸۱ بر روی این ماده انجام شد طلاق به‌دست مرد با رعایت شرایط مقرر در قانون تبدیل گردید به‌علاوه‌ی تبصره‌ای که به آن اضافه شد مبنی بر جواز تقاضای طلاق به‌دست زن.

۲- طلاق به درخواست زن: قانون مدنی این نوع طلاق را که می‌توان از آن به‌عنوان طلاق قضایی یاد کرد در سه مورد مطرح می‌کند که عبارت است از: غیبت زوج (ماده ۱۰۲۹ ق.م)، عدم پرداخت نفقه توسط زوج (ماده ۱۱۲۹ ق.م) و عسر و حرج زوجه (ماده ۱۱۳۰ ق.م). و هم‌چنین ماده‌ی ۱۱۱۹ ق.م نیز راجع به وکالت در طلاق صحبت می‌کند. بعد از آن‌که این موارد برای دادگاه محرز گردد، دادگاه شوهر را مجبور به طلاق می‌نماید و یا در غیر این‌صورت رأساً اقدام به طلاق دادن زوجه می‌نماید. بنابراین می‌توان طلاق از طریق تقاضای زوجه به دادگاه را این‌چنین تقسیم‌بندی نمود؛

۱. از طریق مراجعه به دادگاه و اثبات جهات موردنظر قانون؛ مانند مفقودالأثر بودن شوهر به مدت چهار سال (ماده ۱۰۲۹ق.م)، استنکاف یا عجز شوهر از پرداخت نفقه (ماده ۱۱۲۹ ق.م)، عدم ایفای سایر حقوق واجبه شوهر نسبت به زوجه، سوء معاشرت شوهر به‌صورتی که ادامه‌ی زندگی را غیرقابل تحمل نماید، ابتلای شوهر به امراض مسری و صعب‌العلاج [نمونه‌هایی از عسر و حرج که در ماده ۱۱۳۰ ق.م پیش از اصلاح در سال ۱۳۶۱ آمده بود]

۲. از طریق شرط وکالت در ضمن عقد نکاح (ماده ۱۱۱۹ ق.م). علاوه بر این در صورت توافق زن و شوهر بر جدایی، از طریق طلاق خلع و مبارات نیز امکان طلاق وجود دارد. (مواد ۱۱۴۶ و ۱۱۴۷ ق.م)

۳. طلاق با توافق زوجین: در قانون حمایت خانواده جدید (مصوب ۱۳۹۱) علاوه بر طلاق به اراده‌ی زوج یا به درخواست زوجه که در قانون مدنی مذکور افتاده است، طلاق دیگری با این عنوان پذیرفته شده است که ظاهراً منحصر به طلاق خلع و مبارات نیست. این نوع طلاق در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ سابقه داشته است و هم‌چنین تبصره

۲ ماده ۳ لایحه‌ی قانونی دادگاه مدنی خاص نیز به آن اشاره داشت، برابر این تبصره زوجین می‌توانستند در صورت توافق بر طلاق گرفتن به دفتر طلاق مراجعه کرده و با رعایت مقررات و تشریفات شرعی وقوع طلاق را به‌ثبت برسانند، لکن بعد از مدتی به‌دلیل وجود اشکالات عملی در این موضوع به‌موجب ماده واحده‌ی اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ رجوع به دادگاه حتی در مورد توافق زوجین در طلاق،اخذ گواهی عدم سازش، لازم شناخته شد. امروز به‌دلیل وجود قانون حمایت خانواده جدید و طبق بند ۸ ماده ۵۸ این قانون ماده واحده ۱۳۷۱ منسوخ اعلام شده و ضوابط جدیدی برای طلاق توافقی مقرر گردیده است. طبق این قانون بعد از رجوع زوجین من باب طلاق توافقی، دادگاه باید آن‌ها را به مراکز مشاوره خانواده رجوع دهد و مرکز مشاوره بعد از احراز توافق طرفین و دلیل آن موضوع را به دادگاه اعلام می‌کند، بنابراین در طلاق توافقی مداخله مرکز مشاوره لازم است. سؤالی که در مورد طلاق توافقی مطرح می‌شود این است که آیا طلاق توافقی همان طلاق خلع و مبارات است یا چیزی اعم از آن‌ها است؟ نظری که با قول مشهور فقهاء و قانون مدنی سازگار است آن است که طلاق توافقی باید در قالب خلع یا مبارات باشد لکن با توجّه به اطلاق کلمه‌ی «طلاق توافقی» در مواد ۲۵، ۲۶ و ۲۷ قانون جدید حمایت خانواده می‌توان گفت هر گونه توافق برای طلاق، چه به‌صورت خلع و مبارات باشد یا طلاق به عوض یا توافق بدون هیچ عوض مالی مشمول مواد یاد شده است. به‌سخنی دیگر می‌توان گفت توافق برای طلاق نوعی از قرارداد است که می‌تواند در قالب صلح، جعاله یا عقدی نامعین (موضوع ماده ۱۰ ق.م) واقع گردد.

به هر حال در طلاق توافقی وفق ماده ۲۷ قانون جدید موضوع به داوری ارجاع داده نمی‌شود. زیرا فرض بر این است که مرکز مشاوره سعی به ایجاد سازش کرده و به نتیجه نرسیده است و در نتیجه ارجاع به داوری که هدف آن ایجاد صلح و سازش است زاید خواهد بود (گرجی، ۱۳۸۴، ص۳۳۷ الی ۳۴۸؛ مختصر حقوق خانواده، صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص۲۲۵ الی ۲۴۴؛ صفار، ۱۳۹۰، ص۱۲۶ الی ۱۳۰؛ امامی، ۱۳۹۱، ج۵، امامی، ۱۳۹۱، ص۳۲ و ۳۳؛ نجفی، ۱۳۸۷، ج ۳۳، ص۵۵ به بعد) که از نظر نگارنده این مورد که ارجاع به داوری داده نشود با موازین فقهی سازگاری ندارد و در واقع یک اصل قرآنی محرز را زیر سوال میبرد. در واقع نمیتوان به بهانه اینکه مشاوره شبیه به داوری است که در قرآن آمده است میباشد این ادعا را نمود که دیگر نیازی به داوری از طرف خانواده زوج و زوجه نیست. در واقع اگر

بخواهیم این را بپذیریم که مراکز مشاوره میتواند جـایگزینی بـرای داوری گـردد دچـار قیـاس شده ایم و این روشن است که قیاس در مذهب امامیه راهی ندارد.

بنابراین در تفحصّ اجمالی که در قـوانین و مقـررات گونـاگون در مـورد طـلاق صـورت دادیم، ملاحظه شد که در مورد تساوی یا اختلاف هر یک از زن و مـرد در مـورد اسـتفاده از طلاق قوانین مختلفی وجود دارد؛ لکن در مجموع و در حال حاضر با توجّه به قـوانین فعلـی می‌توان به این نتیجه رسید که در حقوق ایران، فی‌الجمله طلاق به‌دست مـرد اسـت، یعنـی مرد هر زمان که بخواهد می‌تواند اقدام به طلاق دادن همسـر خـود نمایـد، محـدودیتی کـه قانون برای مرد ایجاد کرده است این مورد را به‌وجود آورده که مرد برای طلاق دادن همسـر خود با این‌که اختیار طلاق را در دست دارد ولی باید به دادگاه مراجعه کـرده، و دادگـاه نیـز امر را به داوری ارجاع می‌دهد، شاید مصالحه شود و طلاق صورت نگیرد، در واقـع ایـن امـر قانونی باعث می‌گردد تا حداقل برای مدتی هم که شده مرد به‌خواسته‌ی خود (طـلاق دادن) نرسد، اما به‌هر حال اگر مرد در تصمیم خود مصـمّم باشـد، دادگـاه در نهایـت مبـادرت بـه صدورگواهی عدم سازش می‌نماید و مرد نیز با در دست داشتن آن می‌تواند طلاق را واقـع و ثبت نماید؛ بنابراین اختیار طلاق دادن مرد تنها به‌صورت شکلی دست‌خوش محدودیت‌هایی گردیده است و از نظر ماهوی زیاد تغییر نکرده است، ولی حق این است که در حقوق ایـران عملاً محدودیتی در اعمال اختیار طلاق توسط مرد ایجاد شده است، زیرا بـرای ثبـت طـلاق مرد ناگزیر باید به دادگاه مراجعه و اجازه دادگـاه را کـه همـان گـواهی عـدم سـازش اسـت دریافت نماید، گر چه با توجّه به حکم فقهی طلاق و قانون مـدنی مـرد مـی‌توانـد طـلاق را به‌صورت غیررسمی واقع سازد و صیغه‌ی طلاق را جاری سازد لکن بـه ریسـک آن نمـی‌ارزد زیرا تبعات آن می‌تواند دامن خود مرد طلاق‌دهنده را بگیرد، پس امروزه کم‌تر کسـی حاضـر است همسر خود را به‌صورت غیررسمی طلاق دهد. البته باید به این نکته توجّـه داشـت کـه طلاق صحیح از منظر فقهی نیازی به رفتن نزد حاکم ندارد و اگر با صیغه و شـرایط صـحیح که در فقه به آن اذعان شده است بیاید جای هیچ شبهه‌ای برای اشـکال وارد کـردن بـه آن نیست. در مقابل اگر زن متقاضی طلاق باشد، علاوه‌ی بر این‌که باید به دادگاه مراجعه کنـد، درخواست طلاق خود را باید در قالب یکی از موارد خاص پیش‌بینـی شـده در فقـه و قـانون مدنی بنماید یعنی ترک انفاق یا عسر و حرج را مطرح نماید یا در ضمن عقد بر شوهر شـرط و شروطی نماید و یا وکالت در طلاق را از وی گرفته باشد که در صورت تخلف از آن شـروط

خود را مطلقه نموده باشد و در دادگاه نیز اولاً گرفتن وکالت و ثانیاً تخلف از شرط را اثبات نماید تا موفق به اخذ گواهی عدم سازش گردد؛ هم‌چنین زن می‌تواند در قالب طلاق خلع، با بخشیدن مَهر یا بذل مال دیگری به شوهر، موافقت او را برای طلاق جلب کند و در این‌صورت با توافق، از دادگاه تقاضای طلاق نماید. تفاوت دیگر این‌که بعد از صدور گواهی عدم سازش اگر مرد در دفترخانه حاضر نشد زن باید روند جدیدی را طی کند و به دادگاه مراجعه و از نو حکم دادگاه را برای اجرای صیغه‌ی طلاق بگیرد ولی اگر زن در دفترخانه حاضر نشد مرد می‌تواند صیغه‌ی طلاق را جاری و آن را به ثبت برساند. تفاوت دیگر بین زن و مرد مسئله‌ی حق رجوع است که برای مرد غیر از موارد طلاق‌های بائن ثابت است، مرد این حق را دارد که در ایام عده به‌صورت یک‌طرفه تصمیم به برگرداندن وضع به حالت اول یعنی برقراری وضع نکاح نماید. تقریباً می‌توان به این نتیجه رسید که اگر مردی به هر دلیلی از زن خود خوشش نیامد و مایل به ادامه زندگی زناشویی با او نبود این اختیار را دارد تا او را طبق مراحلی که مذکور افتاد طلاق دهد، لکن زمانی که موضوع برعکس است یعنی زن از شوهرش کراهت دارد و خوشش نمی‌آید تنها در صورتی می‌تواند از دادگاه تقاضای گواهی عدم سازش نماید تا ثابت نماید ادامه‌ی زندگی زناشویی با شوهرش عادتاً غیرقابل تحمّل است و طبعاً باید برای این‌کار اموری از قبیل بیماری خطرناک، یا اعتیاد مضرً یا سوءرفتار غیرعادی شوهر و امثال آن‌ها را ثابت نماید، و یا باید با دادن مالی به شوهر نظر و موافقت او را جلب کند و در واقع شوهر را حاضر به دادن طلاق نماید (از طریق خلع یا مبارات)، و طبعاً اگر شوهر حاضر نشد با گرفتن مال، زن را طلاق دهد، گواهی عدم امکان سازش صادر نخواهد شد و این معنی در قانون پیش‌بینی نشده است که اگر زن به هر علتی از شوهرش کراهت داشته باشد به‌صورتی که این کراهت وی را به‌ترس افتادن در معصیت رهنمون می سازد، با انصراف از مهریه‌ی خود، یا بیش‌تر و یا کم‌تر، خواستار طلاق بود دادگاه بتواند گواهی عدم امکان سازش صادر نماید و به تعبیری مرد را ملزم به طلاق نماید. البته اگر مبنای فقهی این مسئله حل شود و در واقع قول آن دسته از فقهاء که حکم به وجوب طلاق خلع داده‌اند مورد قبول واقع گردد، شاید بتوان با تفسیر موسعی از ماده واحده قانون طلاق مصوب سال ۱۳۷۱ این معنی را برداشت نمود. در بحث انواع طلاق واجب در ادامه به‌صورت مبسوط ان شاءا... بحث خواهیم کرد (مهرپور، ۱۳۸۷، ص۱۵۶ الی ۱۵۸)

گفتار سوم: اقسام طلاق در فقه و حقوق موضوعه

تقسیم‌بندی طلاق از نظر احکام تکلیفیه

مقدمه

این تقسیم‌بندی تنها در فقه انجام می‌گردد و در قوانین دیده نشده است لکن به‌نظر می‌رسد تقسیم‌بندی‌های دیگری که از طلاق در فقه و حقوق صورت گرفته‌اند نشأت گرفته از تقسیم‌بندی طلاق به احکام تکلیفیه است همان‌طور که در خلال بحث متوجّه خواهیم شد.

ـ تقسیم طلاق به احکام خمسه‌ی تکلیفیه: اولین تقسیم‌بندی که مرحوم شهید ثانی(رضوان الله علیه) در کتاب شرح‌لمعه در باب اقسام طلاق ارائه می‌دهند همین تقسیم به احکام خمسه‌ی تکلیفیه است ایشان با این مطلع آغاز می‌فرماید: «و هُو یفقسیمُ أربَعَةَ أقسامٍ و هی ما عدا لمُباح...». بنابر نظر ایشان طلاق با توجّه به احکام خمسه‌ی تکلیفی چهار قسم است که عبارت‌اند از: طلاق حرام، طلاق مکروه، طلاق واجب و طلاق سنت، یعنی غیر طلاق مباح از چهار حکم تکلیفی دیگر که وجود دارد؛ در واقع ظلاقی که،انجام و ترک آن هیچ‌کدام رجحانی ندارد و انجام و ترک آن مساوی است بدون اینکه یکی بر دیگری ترجیح داشته باشد مفروض نمیباشد،بنابراین طلاق مباح وجود ندارد بلکه طلاق یا راجح است یا مرجوع و هر کدام از این دو یا با منع از نقیض و تعیّن آن بوده و یا چنین نمی‌باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۶ه.ق، ج۶، ۲۵)

تفصیل اقسام طلاق با توجّه به اولین تقسیم‌بندی شهید ثانی در کتاب شرح‌لمعه

طلاق واجب: طلاق راجح همراه با منع از نقیض و ترک مثل طلاق بر اثر ترک انفاق، ظهار، ایلاء و ...

طلاق حرام: طلاقی که مرجوح بوده و با ترک و منع از نقیض همراه است مثل طلاق زن حائض و ...

طلاق مستحب: طلاقی که راجح بوده و با منع از تعیّین نقیض همراه نباشد مثل طلاق در هنگام شقاق.

طلاق مکروه: طلاقی که مرجوح بوده و با عدم تعیّین نقیض آن همراه است مثل طلاق در حالت عادی.

در واقع طلاق مکروه در جایی است که اخلاق زن و شوهر با هم سازگاری دارد و متناسب است و باز هم طلاق صورت می‌گیرد؛ همان‌طور که گفته شد حکم اولی در مورد طلاق کراهت است لکن به بزاعت زمان و مکان تغییر کرده و عنوان دیگری از جمله استحباب، وجوب و یا حرمت را به‌خود می‌گیرد.

موارد طلاق حرام

۱- طلاق زن حائض که البته در صورتی که یکی از شرائط ذیل را داشته باشد طلاق وی حرام نیست؛ مدخوله نبودن، حامله بودن، غیبت شوهر از زن.

۲- طلاق زن نفساء (یعنی زنی که خون زایمان می‌بیند)

۳- طلاق در طهر مواقعه (یعنی طلاق دادن زنی که در ایام پاکی با وی نزدیکی شده است البته به شرطی که زن مطلقه یائسه نباشد، حامله نباشد و صغیره نیز نباشد)

البته نکته‌ی اساسی این‌جا است که حرمت طلاق دادن زن در طُهر مواقعه مشروط به آن است که شوهر بداند زن در طُهر مواقعه به‌سر می‌برد و از آن خارج نشده است و یا این‌که با توجّه به ظاهر روایت بگوییم که طلاق دادن زن در طُهر مواقعه به‌صورت مطلق حرام است خواه شوهر آگاه باشد یا خیر یعنی شوهر باید صبر کند تا تعیین نماید که زن از طُهر مواقعه بیرون آمده است [ظاهر عبارت مرحوم شهید ثانی(رضوان الله علیه) نشان می‌دهد ایشان نظر اخیر را پذیرفته‌اند (نگارنده)]

۴- سه طلاق کردن زن بدون آن‌که رجوع در میان آن‌ها فاصله شود [مقصود همان

سه طلاق در یک مجلس است] تمامی مصادیقی که برای طلاق حرام ذکر شد باطل‌اند اما در طلاقی که بین آن‌ها رجوع فاصله نشده باشد تنها یکی از آن‌ها صحیح است [یعنی سه طلاق، یک طلاق محسوب می‌گرد] (همان، ص۲۵ و ۲۶)

مورد طلاق مکروه

و آن در موردی است که اخلاق زن و شوهر با یکدیگر سازگار است؛ به این دلیل که در بین چیزهایی که خداوند حلال نموده است هیچ چیز به اندازه‌ی طلاق مغبوض‌تر و ناخوشایندتر نیست. در واقع کراهت طلاق در جایی است که هیچ موجب و سببی برای طلاق دادن وجود نداشته باشد.

موارد طلاق واجب

و آن عبارت است از طلاق ایلاءکننده و ظهارکننده که بر آن‌ها واجب تخییری است که یا طلاق دهند و یا از سخن خود رجوع کرده و کفاره دهند. به‌عبارت دیگر هر چند به‌صورت تخییری باید یکی از این دو کار را انجام دهند لکن به‌هر صورت واجب است که طلاق دهند (همان، ص۲۵ و ۲۶) شاید بتوان موارد دیگری را بسته به زمان و مکان به این موارد از طلاق اضافه کرد چرا که در واقع ایلاء و ظهار مواردی است که تقریباً در عصر حاضر سالبه به انتفاع موضوع هستند در خلال بحث‌های بعدی این موضوع کاملاً واضح می‌گردد که آیا می‌توان به موارد و مصادیق طلاق واجب مسائل دیگری را نیز اضافه کرد یا خیر؟ در واقع در این‌جا لازم می‌دانم این توضیح را بیان کنم که عدم آوردن مصادیق و موارد دیگر توسط شهید ثانی(رضوان الله علیه) مستلزم این نیست که جزء ایلاء و ظهار هیچ‌گونه مصادیق دیگری برای طلاق واجب وجود ندارد به این فرضیه که در ادامه‌ی بحث در همین کتاب [شرح لمعه] مشخص می‌شود که مصادیقی که مرحوم شهید ثانی(رضوان الله علیه) در مورد طلاق واجب نام می‌برد محصور در آن‌ها نیست و هم‌چنین از کلام فقهای متأخر و متقدم نیز این موضوع روشن است، چه آن‌که آنان طلاق قضایی و بحث از عسر و حرج را نیز ذیل وجوب طلاق مطرح کرده‌اند و یا برخی در مورد خلع نیز این موضوع را اذعان نموده‌اند که در بحث‌های بعدی ان شاءا... کاملاً واضح و روشن خواهد شد.

موارد طلاق سنّت (مستحب)

در حالتی طلاق مستحب است که بین زن و شوهر شقاق و دشمنی از دو طرف آن‌چنان ریشه‌دار باشد که امید سازش و اصلاح و رفع نزاع نـرود و بـیم از افتـادن در گنـاه [از قبیـل ضرب و شتم غیرمشروع و...] وجود داشته باشد. ممکن است این قید [یعنی ترس از افتـادن در گناه] از جمله شرایط استحباب طلاق در فرض دشـمنی و ناسـازگاری بـین زن و شـوهر باشد و ممکن است این شرط خود به تنهایی یک سبب مسـتقل بـرای اسـتحباب طـلاق در چنین حالتی باشد که احتمال دوم [از نظر شهید ثانی(رضوان الله علیه)] سازگارتر است. چه آن که بیم افتادن در گناه گاهی با وجود توافـق و سـازگاری بـین زن و شـوهر وجـود دارد، بنابراین به‌منظور رهایی طرفین از ترس مزبور مستحب است که شوهر همسر خود را طـلاق دهد، بلکه احتمال دارد که در چنین موردی طلاق واجب باشد همان‌گونه که به‌خاطر بیم از افتادن در گناه ازدواج واجب می‌گردد (همان، ص۲۵ و ۲۶)

بحثی پیرامون طلاق سنت و واجب (نظر نگارنده)

با توجّه به سطوری که گذشت ـ که آن‌ها عیناً ترجمه‌ی کـلام مرحـوم شـهید ثانی(رضـوان الله علیه) در شـرح‌لمعـه بـود ـ در بحث از مـواردی کـه طـلاق مسـتحب اسـت نکتـه‌ای بـس تأمل‌برانگیز مورد توجّه است و آن این‌که اولاً قید ترس از افتـادن در گنـاه کـه از نظـر ایشـان شرطی مستقل برای استحباب طلاق است به این توضیح که لزومـی نـدارد کـه حتمـاً شـقاق و دشمنی بین زن و شوهر باشد و در آن ترس افتادن در گناه پیش بیاید، همین‌که بـه تنهـایی و به خودی خود ترس از افتادن در گناه پیش بیاید برای ایجاد اسـتحباب در طـلاق کـافی اسـت ولو این‌که شقاق و دشمنی مابین آن‌ها در کار نباشد و حتی رابطـه‌ی آن‌هـا خـوب نیـز باشـد و مثلاً کراهتی که هر دو از هم دارند و یا زن از مرد دارد باعث ترس افتـادن در گنـاه باشـد. ثانیـاً در ادامه و با تکیه بر فتوای اول خود می‌فرماید: «اِنْ لم یُجبْ کما وَجَبَ النکـاح» بلکـه احتمـال دارد که در چنین موردی طلاق واجب باشد همان‌گونه که به‌خاطر بـیم افتـادن در گنـاه ازدواج نیز واجب می‌گردد؛ در واقع می‌توان این اسـتنباط را نمـود کـه فتـوای شـهید ثانی(رضـوان الله علیه) به این‌گونه است که ابتدا فرمود: زمانی که احتمال وقوع گناه رفت طـلاق دادن مسـتحب است و بلکه بتوان گفت طلاق دادن واجب است چرا که به قرینه‌ی کـلام خودشـان مقایسـه بـا ازدواج کرده‌اند که در صورت خوف افتادن به گناه واجب است، این‌جا نیز طلاق همان عنـوان را

به‌خود گرفته است و با یک دید مجتهدانه می‌توان گفت طلاق نیز واجب است چون ضرری کـه در مورد عدم ازدواج در شرایط نیاز می‌رسد در اینجا نیز در صورت عدم طلاق خواهد رسید.

[در واقع به نظـر میرسـد شـهید ثـانی (رضـوان الله علیـه) در اینجـا از تنقـیح منـاط بـرای استنباط حکم وجوب طلاق در موارد خوف افتادن در گناه استفاده کرده است(نگارنده)]

تقسیم‌بندی طلاق از نظر فقه امامیه (شرعی یا غیرشرعی بودن)

الف- طلاق بدعی ب- طلاق سنی

مقدمه

اکثر فقهای امامیه در کتاب‌های خود زمانی که بحث از اقسام طلاق می‌گردد طلاق را به دو نوع بدعی و سنی تقسیم می‌کنند و سپس در ادامه این تقسیم‌بندی خود و بسـته بـر آن تقسیم‌های دیگری را ارائه می‌دهند، این تقسیم‌بندی از آن‌جا شکل می‌گیرد که آیـا طلاقـی که واقع شده است مورد پذیرش و قبول شرع می‌باشد یا خیر که اگر نباشد نوعی بـدعت در دین و حرام است.

الف- طلاق بدعی: همان طلاق حرام است، یعنی طلاقی که فاقد شـروط صـحت طـلاق باشد.

ب- طلاق سنی: به هر طلاقی که شرعاً جایز باشد طلاق سـنی گفتـه مـی‌شـود. طـلاق سنی خود به دو قسم منقسم می‌گردد:

۱. طلاق سنی به‌معنی اعم [که تعریف آن در فوق گذشت]

۲. طلاق سنی به‌معنی أخص؛ و آن عبارت است از این‌که شخصی با فراهم بودن شـرائط صحت طلاق [از قبیل حائض نبودن، در طهر غیرمواقعه بـودن و ...] همسـر خـود را طـلاق دهد و پس وی را به‌حال خود واگذارد تا از عده خارج شود و سپس بـرای مرتبـه‌ی دوم او را به‌عقد خود درآورد [یعنی در واقع بگذارد تا عده‌ی او تمام شود و در زمان عده رجوع نکند و بعد از آن دوباره با او نکاح نماید] منفعت این‌کار در این است که اگر صـدها بـار هـم تکـرار شود هیچ‌گاه باعث ایجاد حرمت بین زن و مرد نمی‌گردد به‌عکس زمانی کـه مـرد در هنگـام عده رجوع می‌کند که پس از دو بار طلاق دادن، بارسوم ازدواج با زن منوط به وجـود محلـل و نزدیکی وی، با زن می‌باشد.

طلاق سنی به‌معنای اعم نیز به سه قسم تقسیم می‌گردد:

۱- طلاق بائن ۲- طلاق رجعی ۳- طلاق عدی

۱- طلاق بائن

طلاقی است که بعد از وقوع آن شوهر ابتدا و بدون عقد نمی‌تواند به‌همسر خود رجوع کند که خود بر شش قسم است:

۱. طلاق زن غیرمدخوله ۲. طلاق زن یائسه ۳. طلاق صغیره ۴. طلاق خلع ۵. طلاق مبارات ۶. طلاق سوم در زن سه‌طلاقه که پس از دو رجوع تحقق یابد و هر یک از دو رجوع پس از یک طلاق انجام شده باشد.

۲- طلاق رجعی

عبارت است از طلاقی که در آن طلاق‌دهنده حق رجوع به زن را دارد خواه رجوع کرده باشد یا نکرده باشد. بنابراین به‌خاطر این‌که در این طلاق مرد حق رجوع به زن خود را دارد به آن رجعی گویند نه این‌که مرد حتماً باید به زن خود رجوع کند.

۳- طلاق عدی

طلاقی است که مرد طبق شرائط زوجه را طلاق می‌دهد و پس در عده رجوع کرده، با او نزدیکی می‌کند و سپس در طُهر دیگر [یعنی در طُهر غیرمواقعه] او را طلاق می‌دهد. و سپس در عده رجوع و دخول می‌کند و بدین‌گونه این طلاق‌ها هر گاه به سه بار و شش بار رسیدند به محلّل نیازمند می‌شود و در بار نهم زن بر مرد حرام ابدی می‌گردد به طلاق اولی که واقع شده است طلاق عدی می‌گویند. در ادامه مرحوم شهید ثانی(رضوان الله علیه) اشکالی به شهید اول(رضوان الله علیه) می‌گیرند: در واقع طلاق عدی اخص از طلاق رجعی است بلکه یکی از روشن‌ترین مصادیق آن به‌شمار می‌آید، لذا اگر مصنف ابتدا طلاق را به دو قسم [بائن و رجعی] تقسیم می‌نمودند و پس از آن طلاق رجعی را به طلاق عدی و غیرعدی تقسیم می‌نمود این‌کار بهتر بود. مرحوم صاحب‌جواهر(رضوان الله علیه) نیز این اشکال را، به صاحب شرایع(رضوان الله علیه) وارد می‌دانند و این مورد را شرح می‌دهند (شرح لمعه، شهید ثانی، ج ۶، ص۲۷و ۲۸ ؛ نجفی،ج۳۲،ص۱۱۶)

دیگر اقسام طلاق صحیح غیر از طلاق عدی

و آن در جایی است که مرد پس از طلاق در ایام عده رجوع نموده ولی با زن نزدیکی نکند یا آن‌که پس از انقضای عده وی را با عقد جدید به همسری خود درآورد اگرچه بعداً با او نزدیکی کند. حکم آن است که زن طلاق داده شده در صورت آزاد بودن برای بار سوم و در صورت کنیز بودن در مرتبه‌ی دوم بر شوهر حرام می‌گردد و نیاز به محلّل می‌باشد (شرح لمعه، شهید ثانی، ج ۶، ص۲۹ و ۳۰؛ نجفی، ۱۳۸۷، ج ۳۲، ص۱۱۶ و ۱۱۷)

اقسام طلاق در حقوق ایران

مقدمه

حقوق ایران که بسیاری از قواعد خود را از فقه امامیه گرفته است به‌تبع در مورد طلاق نیز از قواعد فقه امامیه تغذیه کرده است همان‌طور که در بحث‌های پیشین کم و بیش متوجّه آن شدیم؛ در واقع می‌توان گفت همان تقسیمات که در فقه مطرح شد در قانون ایران نیز مطرح است، لکن تقسیم‌بندی اولیه که ارائه کردیم و طلاق را به احکام خمسه‌ی تکلیفیه منهای اباحه تقسیم کردیم در قانون ایران دیده نمی‌شود مگر در جاهایی که به در خور موضوع خاصی،در قوانین از ظهار و ایلاء و... صحبت شده است - که آن هم تنها در حد نام بردن از آن‌ها در قانون آئین دادرسی مدنی- که،همان‌طور که ملاحظه می‌شود ربطی به تقسیم‌بندی طلاق به احکام خمسه‌ی تکلیفیه ندارد. لذا در قوانین ایران تقسیم‌بندی‌های دیگری که از طلاق در بحث قبل ارائه کردیم وجود دارد، که در واقع می‌توان گفت: در برخی از موارد با جمع‌آوری و مرتّب کردن پراکندگی‌هایی که فقه در برخی مصادیق این تقسیمات دارد آن را به‌صورت مدوّن‌تری، ارائه داده‌اند که برای تکمیل بحث ما نیز بسیار مفید فایده است.

- **قانون مدنی (ماده ۱۱۴۳ ق.م):** طلاق را به‌اعتبار آن به دو گروه تقسیم کرده‌اند بائن و رجعی؛ طلاق رجعی طلاقی است که در زمان عده‌ی آن می‌توان از طلاق رجوع کرد بنابراین بر اثر این قسم از طلاق پیوند زناشویی به‌طور کامل از بین نمی‌رود و پس از انحلال نکاح زن و مرد تا زمانی که عده سپری نشده است بیگانه نیستند و می‌توانند نکاح سابق را دوباره ادامه دهند. برعکس با وقوع طلاق بائن رابطه‌ی زناشویی پایان می‌پذیرد، زن و شوهر بیگانه می‌گردد و در صورتی که مایل به تشکیل خانواده گردند باید دوباره ازدواج نمایند. قانون ما

با برشمردن طلاق‌های بائن در واقع رجعی بودن را در طلاق اصل دانسته است. رجـوع یـک عمل حقوقی یک‌جانبه است که توسط شوهر انجام می‌شـود، یعنـی در واقـع جـزء ایقاعـات است.

به‌علاوه‌ی این دو قسم از طلاق که به تبعیت از فقه در ماده‌ی ۱۱۴۳ ق.م بیان شده اسـت، طلاق عدی نیز که از اقسام طلاق رجعی در فقه و حقوق اسلامی اسـت در مـاده‌ی ۱۰۵۸ ق.م به‌کار رفته است. بنابراین و آنچه که گفته شد و از فقه اسلامی استنباط می‌گردد طلاق رجعـی اصل و بائن استثناء است و علی‌القاعده طلاق را جزء در مواردی که قانون‌گذار بائن اعلام کـرده است، باید رجعی به‌شمار آورد (صفایی و امـامی، ۱۳۹۲، ص۲۸۶؛ کاتوزیـان، ۱۳۸۹، ص۲۶۴ و ۲۶۵)

موارد طلاق بائن

قانون مدنی در ماده ۱۱۴۵ خود مقرر می‌دارد. در موارد ذیل طلاق بائن است:

۱- طلاقی که قبل از نزدیکی واقع شود ۲- طلاق یائسه ۳- طلاق خلع و مبارات مـادامی که زن رجوع به عوض نکرده باشد ۴- سومین طلاق که بعد از سه وصلت متوالی به‌عمل آید اعم از این‌که وصلت در اثر رجوع باشد یا در اثر نکاح جدید لکن علاوه بر طلاق‌هـایی کـه در ماده مذکور افتاده‌اند، این دو نوع از طلاق را نیز باید به آن اضافه کرد:

۱- طلاقی که به‌وسیله‌ی حکم دادگاه شوهر به آن اجبار می‌گردد (طلاق قضایی)

۲- طلاقی که زن در اثر شرط وکالت خود را می‌دهد (امامی، ۱۳۹۱، ج۵، ص۵۹ و ۶۰)

ماده‌ی ۱۱۴۵ ق.م چنانکه ملاحظه شد عیناً از فقه امامیه اقتباس شـده اسـت. تنهـا وجـه اختلافی که بین این ماده و فقـه امامیـه وجـود دارد عـدم ذکـر طـلاق صـغیره اسـت (دختـر نابالغ)زیرا نکاح دختری که به سن بلوغ نرسیده است در حقوق جدید قبـل از اصـلاحات سـال ۱۳۶۱ ممنوع بود و حتی قانون مدنی به‌هیچ عنوان اجازه نداده بود دختـری کـه بـه سـن ۱۳ سال نرسیده است ازدواج کند. امروزه با عنایت به ماده ۱۰۴۱ ق.م که نکاح دختـر نابـالغ را بـا اذن ولی با تشخیص دادگاه صالح و به‌شرط مصلحت وی صـحیح دانسـته و بـا توجّـه بـه قـول فقهای امامیه مبنی بر بائن بودن طلاق دختر صـغیره بایـد آن را در حقـوق موضـوعه غیربـائن دانست (صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص۲۸۷)

آیا طلاق به حکم دادگاه رجعی است یا بائن؟

همان‌طور که توضیح داده شد اصل در طلاق آن است که رجعی باشد و طلاقی که بائن است باید توسط قانون‌گذار بیان گردد؛ با توجّه به این اصل باید بگوییم طلاق به حکم دادگاه و یا به تعبیر روشن‌تر طلاقی که به درخواست زن و به‌موجب حکم دادگاه واقع شود، اعم از این‌که خود شوهر بنا بر الزام و حکم دادگاه زن را طلاق داده باشد یا این‌که طلاق به‌وسیله‌ی حاکم، نماینده‌ی او واقع شود رجعی است و شوهر می‌تواند در ایام عده رجوع کند؛ این نظر به دلایل ذیل قابل ایراد است:

اولاً که این نقض قرض است که شوهر از یک‌سو به حکم دادگاه به طلاق ملزم و طبق آن طلاق واقع شود و از سوی دیگر شوهر در ایام عده به طلاق رجوع نموده و اثر آن را از بین ببرد، در واقع با دادن حق رجوع به مرد دیگر حکم طلاق قضایی و اجبار مرد به طلاق بی‌فایده و بی‌اثر خواهد بود. ثانیاً نظم عمومی و حرمت احکام طلاق ایجاب می‌نماید تا حق رجوع برای شوهر نباشد، ثالثاً زمانی که قانون‌گذار در طلاق خلع و مبارات که شوهر به اختیار خود آن را واقع ساخته است ـ البته به‌زعم برخی که در مورد خلع و مبارات باز هم ید اختیار طلاق را بر مرد می‌دهند در صورتی که برخی آن را واجب می‌دانند و در این حالت مثل طلاق قضایی خواهد بود در واقع شاید به این صورت باشد که چون این نوع از طلاق نیز واجب است جزء طلاق‌های بائن حساب می‌گردد که خود بحث مفصلی می‌طلبد که ان شاءا... درفصل بعد بیان می‌کنیم ـ برای رعایت حال زن و جلوگیری از ضرر او طلاق مادام که زن رجوع به عوض نکرده است، باین تلقی گردد. رابعاً اصل رجعی بودن طلاق و روایاتی که مبنای آن می‌باشد، مربوط به طلاقی است که به اختیار و اراده‌ی مرد واقع شده است نه طلاقی که برای شوهر واجب است یا به‌عبارت دیگر، او به حکم دادگاه ملزم به آن شده است. به تعبیر دیگر اصل رجعی بودن و روایات مربوط به آن منصرف از طلاق به حکم دادگاه یا همان طلاق واجب به‌معنای أخص است ، تنها استثنایی که در این مورد وجود دارد و آن هم به‌خاطر شرایط خاص آن می‌باشد طلاق زوجه‌ی غایب مفقودالأثر است، که با آن‌که به حکم دادگاه می‌باشد ولی رجعی به‌حساب آمده است[(زیرا در این مورد خاص باید متعبد به مفاد روایات وارده بود و از اصل که رجعی بودن این نوع طلاق است خارج نشد و در موارد دیگر که نص خاصی وجود ندارد نمیتوان این مورد را سرایت داد (ماده ۱۰۳۰ ق.م)] خامساً ماده ۱۱۴۵ ق.م در مقام حصر نیست ـ همان‌طور که در بحث فقهی اقسام

طلاق گذشت در آن‌جا هم اگر گروهی از فقهاء مصادیقی برای طلاق بائن یا واجب و ... آورده‌اند مقصود این نیست که حتماً مصادیق محصور در آن‌ها می‌باشد ـ و فقط ناظر به طلاق‌های بائنی است که به اختیار و خواست شوهر واقع می‌شود (صفایی، امامی، ۱۳۹۲، ص۲۸۸؛ امامی، ۱۳۹۱، ج۵، ص۸۱ و ۸۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص۲۶۶) لذا اگر چنانچه، ایراد شود که قانون طلاق‌های بائن را در ماده ۱۱۴۵ ق.م شمرده و طلاقی که به‌وسیله‌ی دادگاه، شوهر اجبار به آن گردد را ذکر نکرده است و ماده‌ای در قانون نیست که طلاق مزبور را بائن بشناسد و با آن‌که طبیعتش رجعی است نمی‌توان آثار بائن را بر آن بار نمود پاسخ آن است که اولاً ماده ۱۱۴۵ ق.م طلاق‌هایی را نام برده است که به‌وسیله‌ی شوهر واقع می‌گردد ـ البته با تذکری که در قبل هم یادآور شدیم ـ ثانیاً به‌وسیله‌ی تفسیر که کلید حل مشکلات قضایی است می‌توان این امر را از روح مواد قانونی در مورد طلاق استنباط نمود و برای رسیدن به آن از تحلیل حقوقی ـ که در فوق انجام دادیم ـ کمک خواست (امامی، ۱۳۹۱، ج۵، ص۸۲)

طلاقی که در اثر شرط وکالت، زن خود را طلاق می‌دهد

همان‌طور که در بحث‌های قبل بیان شد، می‌توان ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگری شرط وکالت از طرف شوهر برای زن نمود که بتواند در موارد معینه‌ای یا به‌طور مطلق خود را طلاق دهد ـ که البته در همین مورد هم بین فقهاء اختلاف است و هر کسی مبنایی ارائه می‌دهد ـ به نظر می‌رسد طلاقی که زن به‌عنوان وکالت در مورد مزبور خود را می‌دهد بائن است اگر چه آن طبیعتاً طلاق رجعی باشد بنابراین هر گاه زنی که با او نزدیکی به‌عمل آمده و یائسه نمی‌باشد طبق شرط وکالت مندرج ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر خود را طلاق دهد، شوهر نمی‌تواند در عده به او رجوع کند زیرا منظور طرفین از قرار دادن شرط وکالت در طلاق برای آن است که زن بتواند برای همیشه خود را از قید نکاح و زناشویی رها سازد و آزادی خود را دوباره به‌دست آورد، چنانچه شوهر بتواند به اراده‌ی خود به طلاق رجوع کند، علاوه بر آن‌که برخلاف مقصود طرفین است، قرار دادن شرط مزبور عملی لغو بیش نیست، و در واقع نقض غرض است. و اشکال به آن‌که بائن و رجعی بودن ناشی از وضعیت طبیعی طلاق است و تابع قصد طرفین نمی‌باشد، وارد نیست، زیرا با توجّه به طلاق خلع و مبارات که از نظر تحلیلی در مورد طلاق رجعی به‌وسیله‌ی دادن عوض از طرف زن به‌صورت

طلاق بائن درمی‌آید و حق رجوع شوهر مادامی که زن به عوض رجوع ننموده سلب گردیـده است، مسلم می‌گردد که می‌توان طلاق رجعی را به طلاق بائن تبدیل نمود و پس بـا رجـوع زن به عوض، به طلاق رجعی برگردانید (امامی، ۱۳۹۱، ج۵، ص۸۲ و ۸۳)

تقسیمات طلاق در مباحث قضایی

در یک تقسیم‌بندی دیگر و از نظر مباحث قضایی حقوق‌دانان طلاق را به‌رضائی و قضایی تقسیم می‌کنند یا به‌عبارت دیگر طلاق غیرقضایی و قضایی. طلاق رضائی، طلاقی اسـت کـه اختیار آن در هر صورت در دست شوهر است به‌عبارت دیگر یعنی طلاقی کـه زوج یـا ابتـدا راضی به طلاق شده است و یا به‌سبب بذل مال از سوی همسرش در طلاق خلع یـا مبـارات راضی به طلاق شده است ـ البته با مبنایی که طلاق خلع را در اختیار شـوهر بـدانیم یعنـی آن را واجب ندانیم ـ دقیقاً نقطه‌ی مقابل طلاق قضایی؛ بنابراین چه طلاق رجعی و چه بائن، وقتی با رضایت زوج صورت می‌گیرد، طلاق غیرقضایی و به تعبیر دیگر رضائی اسـت؛ یعنـی حاکم شرع در این موارد کسی را به طلاق دادن محکوم نمی‌کند و حکم وجوب بر طلاق بـار نگشته است، بلکه این خود زوجین هستند که تصمیم بـه طـلاق گرفتـه‌انـد، یعنـی اگـر در طلاق قضایی شوهر ناراضی با طلاق می‌تواند گریبان خود را از زنـدگی ناسـازگار برهانـد. در طلاق قضایی نیز زن می‌تواند با توسّل و تمسّک به آن معاشرتی را که ادامـه‌ی آن بـرای وی غیرممکن گردیده است قطع کرده و شوهر را مجبور به طلاق خود نماید. طلاق رضائی خـود بر دو قسم بائن و رجعی می‌باشد و طلاق قضایی همان‌طوری که گفتـه شـد تنهـا مـی‌توانـد بائن باشد (یثربی قمی، ۱۳۸۸، ص۱۵۳؛ همایونفر، ۱۳۲۴، ص۹۶)

جمع‌بندی بحث و نظر نگارنده

آنچه از دو مبحث فقهی و حقوقی در مورد اقسام طلاق مشخص شد این‌که اوّلاً آنچه کـه از تقسیمات حقوقی طلاق برمی‌آید این است که تماماً نشأت گرفته از فقه جعفری می‌باشند لکن نکته‌ی قابل تأمل در این‌جا است کـه قـانون‌گـذار مـا تقسـیم‌بنـدی طـلاق بـه احکـام خمسه‌ی تکلیفیه را مدنظر خود قرار نداده است و بقیه‌ی تقسیم‌بندی‌ها را کـه طـلاق را بـه رجعی و بائن منقسم می‌داند با ذکر موارد آن که در فقه بیان شده آورده است، ثانیـاً از ایـن بحث استنباط شد که در واقع طبق تقسیم‌بندی اولیه‌ای کـه در بحـث فقهـی داشـتیم و آن

تقسیم طلاق به احکام خمسه‌ی تکلیفیه بود بقیه‌ی اقسام طلاق شکل گرفته به بدعی و سنی و بائن و رجعی تقسیم شده است یعنی در واقع تقسیم‌بندی مرجع همان اولین تقسیم‌بندی است که هر نوع تقسیم‌بندی دیگر نیز به آن باز می‌گردد و باید داخل آن گردد. ثالثاً نکته‌ای که از این بحث اجتهادی می‌توان نتیجه گرفت این است که طلاق به بائن و رجعی تقسیم شد نباید از سه حالت طلاق واجب، مستحب و مکروه خارج باشد چرا که همان‌طوری که بیان شد طلاق حرام اصلاً زیرشاخه‌ی طلاق سنی به معنای اعم قرار نمی‌گیرد و در واقع طلاق بدعی است و به بائن و رجعی منقسم نمی‌گردد لذا سالبه به انتفاع موضوع است. رابعاً با بحثی که انجام شد به این نتیجه رسیدیم که طلاق‌های قضایی یا به‌عبارتی طلاق‌هایی که به دستور حاکم انجام می‌شود و به تعبیر بهتر طلاق‌های واجب زیرمجموعه‌ی طلاق بائن قرار می‌گیرند و این نوع از طلاق‌ها طبق قاعده‌ی اولیه رجعی محسوب نمی‌شوند هر چند بتوان طبق همان قواعد آن‌ها را رجعی دانست که البته در مورد بائن یا رجعی بودن طلاق قضایی بحث مبسوطی ذیل بخش طلاق قضایی انجام می‌دهیم تا این موضوع کاملاً مشخص شود و آراء فقهاء در آن نمایان گردد.

فصل سوم

بررسی تحلیلی فتاوای فقهای امامیه در طلاق واجب و به تبع آن درحقوق موضوعه‌ی ایران

گفتار اول: طلاق واجب بر اثر ایلاء

مقدمه

تتبع و بررسی تمامی آثار و نظرات فقهای امامیه امری بس دشوار است، و از توان این حقیر نیز خارج، لکن در حد بضاعت و توان سعی شده تا از لابه‌لای نظرات قدما و متأخرین و معاصرین بحث باز شود، تا با زوایای نظرات فقهاء در طلاق واجب و موارد آن آشنا شویم.

شرایط تحقق ایلاء

۱- اولین شرط اینکه ایلاءکننده باید فقط به لفظ جلاله‌الله قسم یاد کند همان‌گونه که در مطلق یمین نیز این‌گونه است. بنابراین ایلاء با دیگر اسماء و صفات خداوند تعالی غیر از لفظا... واقع نمی‌گردد. ایلاء یک نوع از قسم خاص است و هم‌چنین روایتی از پیامبر اسلام(صلی‌ا... علیه و آله و سلم) که فرمود: «مَنْ کانَ حالفاً فلیحلف بالله أو فلیصمت» «کسی که قسم می‌خورد باید به لفظ «الله» قسم بخورد و یا سکوت اختیار کند». بنابراین به هر حال اگر قسم به کعبه یا رسول‌خدا (صلی‌الله علیه و آله و سلم) و یا ائمه (علیهم‌السلام) و یا غیر از این‌ها از چیزهایی که محترم است خورده شود،ایلاء صحیح نیست و احکام آن بار نمی‌گردد (شرح لمعه، شهید ثانی، ج۷، ص۱۲۵؛ نجفی، ۱۳۸۷، ج۳۳، ص۲۹۸ و ۲۹۹)

۲- زوج باید قصد زیان رساندن به زوجه داشته باشد؛ در مورد این شرط بین فقهاء اختلاف است برخی این شرط را مفهوم آیه «فإن فاء و فإنَّ الله غفورٌ رحیم» (بقره/۲۲۶) استفاده کرده‌اند با این بیان‌که مغفرت الهی در جایی است که گناهی محقق شده باشد و

زوج آن‌گاه گناهکار است که قصد زیان رساندن به زوجه را داشته باشد (أحکام‌القرآن، قمحاوی، ۱۴۲۴ه.ق، ج۱، ص۴۸۶؛ امام، محمد کمال‌الدین، ۱۳۸۱، ج۹، ص۷۰۷۹)؛ ولی برخی دیگر این شرط را نپذیرفته و گفته‌اند: آیه عام است و شامل زوجی که بدون قصد ضرر سوگند خورده باشد نیز می‌گردد، افزون بر این‌که در صورت بازگشت از سوگند کفاره، بر ایلاءکننده واجب است چه قصد ضرر کرده باشد یا نکرده باشد (قمحاوی، ۱۴۲۴، ج۱، ص۴۸۶). مرحوم صاحب جواهر(رضوان الله علیه) در این مورد می‌فرماید: بدون تردید ایلاء در هر حال واقع نمی‌شود مگر این‌که قصد ضرر رساندن در آن باشد (نجفی، ۱۳۸۷، ج۳۳، ص۳۰۳)

۳- برخی از فقهاء که تعداد آن‌ها نیز کم است خشم زوج را در هنگام ایلاء شرط دانسته‌اند ولی بیش‌تر آن‌ها به دلیل عموم آیه آن را نپذیرفته‌اند (الخلاف، شیخ طوسی، ج۴، ص۵۱۸؛ قرطبی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص۷۰ و ۷۱؛ امام، محمد کمال‌الدین، ۱۳۸۱، ج۹، ص۷۰۸۰)

۴- اکثر فقهاء با این استدلال که آیه ۲۲۷ سوره‌ی مبارکه‌ی بقره از طلاق سخن گفته است (طلاق واجب پس از ایلاء) و همچنین با بهره از جستن از تعبیر «نسائهم» در آیه شریفه،حکم ایلاء را به زوجه‌ی دائمی منحصر کرده‌اند و آن را شامل زوجه در عقد موقت و نیز ملک یمین نمی‌دانند. (قرطبی، ۱۳۸۷، ج۳، ص۷۴، شهید ثانی، ۱۴۱۶ ه.ق، ج ۱۰، ص۱۳۴ و ۱۳۵؛ فاضل مقداد، ۱۳۱۱ ه.ق، ج۲، ص۲۹۳)

۵- برخی به استناد عموم آیه، ایلاء را تنها ویژه‌ی مسلمانان ندانسته و کافران ذمی را نیز مشمول آن می‌دانند (المبسوط، شیخ طوسی، ج۵، ص۱۴۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶ ه.ق، ج ۱۰، ص۱۵۷)

۶- برخی از فقهاء یکی از شرایط تحقق ایلاء را آن می‌دانند که پیشتر با زوجه مباشرت شده باشد (نزدیکی) زیرا بازگشت هنگامی تحقق می‌یابد که قبلاً آمیزش صورت گرفته باشد ولی بسیاری از فقهاء با استناد به عموم آیه که از مطلق همسران یاد کرده است این شرط را لازم ندانسته اند. (السرائر، ابن‌زهره، ج۲، ص۷۲۱) و شامل شرایط مختلفی می‌شود که آوردن آن‌ها در این مجال نمی‌گنجد.

بررسی نظرات فقها در مورد حکم طلاق واجب در ایلاء

فقهاء بخش اعظمی از احکام ایلاء را از آیات ۲۲۶ و ۲۲۷ سوره‌ی مبارکه‌ی بقره و

مواردی را از آیات و روایات دیگری استخراج نموده‌اند. به موجب این دو آیه مذکور زوج پس از ایلاء تنها تا چهار ماه می‌تواند بر سوگند خود باقی باشد، زیرا ظهور نص روایـت و فتـاوای فقهای شیعه در آن است که این مدت حقی است که برای زوج قائل شده‌اند، و پس از آن یا باید به زندگی زناشویی خود بازگردد و یا این‌کـه زن را طـلاق دهـد. یعنـی در واقـع بعـد از گذشت مدت چهار ماه است که حکم ایلاءکننده این می‌شود که یا بازگشت کنـد و نزدیکـی انجام دهد و یا این‌که طلاق دهد نه از ابتدای همان زمانی که قسم یاد می‌کند و این موضوع در بین فقهای امامیه اجماعی است برعکس فتوای ابوحنیفه که از ابتـدای قسـم یـاد کـردن زوجه این حکم را جاری می‌داند (نجفی، ۱۳۸۷، ج۳۳، ص۳۱۳) درباره‌ی این‌که مدت چهـار ماه از چه زمانی آغاز می‌گردد دو نظر وجود دارد، برخی از فقهاء می‌گوینـد از زمـان سـوگند خوردن مرد، و برخی می‌گویند از زمان مراجعه‌ی زوجه به قاضی، برخی از فقهاء ظاهر آیه‌ی ۲۲۶ سوره‌ی مبارکه بقره را مستند نظر نخسـت دانسـته‌انـد (تفسـیر قرطبـی، ج ۳، ص۷۰؛ مختلف‌الشیعه، شیخ طوسی، ج۷، ص۴۳۹؛ شهید ثانی، ۱۳۹۸ ه.ق، ج۶، ص۱۶۵)

به‌نظر مشهور فقهای شیعه و اهل سنت در صورتی که زوج از سوگند خود باز گردد خواه پیش از انقضاء چهار ماه یا پس از آن باید کفاره بدهد (نجفی، ۱۳۸۷، ج ۳۳، ص۳۲۳)

برخی دیگر از فقهاءکفاره را به‌طور مطلق یا پس از انقضای مدت چهار ماه، واجـب ندانسـته و بعضاً به ظاهر آیه ۲۲۶ سوره‌ی مبارکه‌ی بقره که از غفران الهی سخن گفته و از کفاره سـخن به‌میان نیاورده است استناد کرده‌انـد (الخـلاف، شـیخ طوسـی، ج۴، ص۵۲۰، قرطبـی، ۱۳۸۷، ج۳، ص۷۳؛ نجفی، ۱۳۸۷، ج۳۳، ص۳۲۳) اگر چنانچه شوهر در پایان مدت چهار مـاه از نظـر خود بازنگشت به نظر برخی از فقهاء بـا اسـتناد بـه آیـه ۲۲۶ سـوره‌ی مبارکـه‌ی بقـره حـاکم اسلامی وی را بین بازگشت و طلاق دادن زوجه مخیّر می‌کند، و اگر از هـر دو کـار خـودداری کرد به‌نظر مشهور فقهای شیعه، با زندانی کردن و سخت‌گرفتن، وی را بر گزینش یکـی از ایـن دو راه مجبـور مـی‌سـازند (قرطبـی، ۱۳۸۷، ج۳، ص۷۰؛ فاضـل مقـداد، ۱۳۱۱، ج۳، ص۲۹۲؛ تحریرالوسیله، امام‌خمینی، ج۲، ص۳۲۰) لکن برخی از فقهاء برآنند که حاکم می‌توانـد همسـر او را طلاق دهد (الخلاف، شیخ طوسی، ج۴، ص۵۲۰؛ منهـاج‌الصـالحین، خـویی، ج۲، ص۳۱۱؛ امام، محمد کمال‌الدین، ۱۳۸۱، ج۹، ص۷۰۹۰) در مورد حصول طلاق فقهـای شـیعه و اکثـر فقهای اهل سنت می‌گویند: پس از خود داری زوج از بازگشت به زندگی، طلاق و جدایی خـود به خود حاصل نمی‌شود و زوج یا حاکم باید طلاق دهند و آیه‌ی ۲۲۶ سوره‌ی مبارکـه‌ی بقـره

را شاهد بر آن مطلب می آورند آن قسمت که می‌فرماید: «فإنَّ الله سمیعٌ علیم» مقصودشان این است که طلاق به زوج نسبت داده شده است (غنیه، ابن زهره، ص۳۹۵؛ قرطبی، ۱۳۸۷، ۳، ص۷۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶ه.ق، ج۱۰، ص۱۴۱)

ولی برخی از اهل‌سنت از جمله حنفیان بر این نظرند که با گذشت چهار ماه و عدم رجوع شوهر، این دو خود به خود از یکدیگر جدا می‌شوند و به اجرای صیغه‌ی طلاق نیازی نیست (الخلاف، شیخ طوسی، ج۴، ص۵۱۰ و ۵۱۱)

از بحثی که گذشت به‌دست می‌آید، که حکم طلاق در مورد شخص ایلاءکننده واجب است لکن وج.ب آن، به‌صورت تخییری می‌باشد. به این توضیح که زمانی که مرد ایلاء انجام می‌دهد؛ زوجه حق دارد در صورتی که او از نزدیکی کردن خودداری می‌کند به حاکم شرع شکایت نماید و سپس حاکم شرع چهار ماه به شوهر مهلت می‌دهد و سپس او را به فئه [یعنی رجوع به زن و نزدیکی با او] مجبور می‌کند ـ فئه به‌معنای نزدیکی کردن از جلو است هر چند مسمّای نزدیکی صورت بگیرد به این شکل که حشفه داخل فرج زن مخفی شود، اگر چه از شوهر انزال نشود به شرط این‌که شوهر بر عمل نزدیکی کردن قدرت داشته باشد و در صورت قدرت نداشتن بر این کار اراده و قصد فرد را در اولین وقت ممکن اظهار نماید ـ و یا این‌که اگر، بعد از اجبار به نزدیکی، رجوع نکرد، زن را طلاق دهد؛ بنابراین اگر چنانچه زوج یکی از این دو کار را انجام دهد [یعنی نزدیکی کردن یا طلاق دادن] اگر چه همسرش را طلاق رجعی دهد، زن دیگر حق اعتراض نخواهد داشت و اگر شوهر از انجام هر دو کار امتناع ورزید، همان‌طور که گفته شد، حاکم شرع از لحاظ خوردن و آشامیدن بر وی سخت می‌گیرد، اگر چه به‌واسطه‌ی زندانی کردن او باشد تا این‌که یکی از این دو کار را انجام دهد، در روایت آمده است که علی (علیه‌السلام) ایلاءکننده را در محوطه‌ای از نیزار حبس می‌کردند و یک چهارم غذایش را به او می‌دادند تا او همسرش را طلاق دهد؛ حاکم شرع حق ندارد که شوهر را اجبار نماید تا به‌طور مشخص با همسرش نزدیکی نماید یا او را مجبور کند که طلاق دهد بلکه او را بین این دو کار مخیّر می‌سازد [طلاق به‌صورت واجب تخییری] و هم‌چنین حاکم شرع حق ندارد آن زن را از طرف شوهرش طلاق دهد. این سطور نظرات مرحوم شهید ثانی(رضوان الله علیه) در شرح لمعه بود که گذشت (شهید ثانی، ۱۳۹۸ ه.ق، ج۷، ص۱۳۰). لکن برای واضح شدن و مشخص شدن بیش‌تر در مورد حکم طلاق واجب در ایلاءکننده لازم است نظرات مرحوم صاحب‌جواهر(رضوان الله علیه) را نیز

مورد بررسی اجمالی قرار دهیم ایشان می‌فرمایند: اگر فرض کنیم که بعد از گذشت چهار ماه زوجه را طلاق نداد امکان طلاق زوجه توسط حاکم وجود ندارد به‌دلیل روایت «الطلاقُ بید مِنْ أخَذَ بالسّاق» و هم‌چنین فحوای نصوص موجود و روایات مختلف که دلالت بر آن دارند که باید زوج را حبس کرد و بر او سخت گرفت تا این‌که طلاق دهد و یا بازگردد و نزدیکی نماید، بر این ادله‌ای که آوردیم ظاهر کتاب و سنت نیز تصریح می‌کند؛ بعد از این‌که این جملات را می‌فرمایند روایتی از عثمان نقل می‌فرمایند که دلالت بر وجوب تخییری در مورد فرد املاءکننده دارد. در هر حال مرد مخیّر است بین این‌که طلاق دهد یا رجوع کند و اگر طلاق دهد دیگر زوجه حق اعتراض ندارد. و بنابر نظر مشهورتر طلاقی که صورت می‌گیرد رجعی است - که البته با بحثی که در فصل قبل انجام دادیم نتیجه گرفتیم که طلاق‌های واجب باید بائن باشند- اگر بعد از این‌که زوجه به حاکم مراجعه کرد و حاکم او را مجبور ساخت تا یکی از رجوع یا طلاق را انتخاب کند باز هم امتناع ورزید، حاکم او را حبس می‌کند و بر او سخت می‌گیرد تا رجوع کند و یا طلاق دهد، این فتوا بدون نظر مخالفی بود که ما در آن پیدا کنیم. بنابراین حاکم نمی‌تواند مرد را مجبور نماید که به‌صورت تعیینی یا رجوع کند و یا طلاق دهد بلکه به‌صورت واجب تخییری باید او را مجبور به پذیرش یکی از این دو کار نماید (نجفی، ۱۳۸۷، ج۳۳، ص۳۱۴ الی ۳۱۶)

در واقع حکم طلاق واجب در ایلاءکننده بین کلام فقهاء مشخص است، همان‌طور که در بخش بعدی به بررسی آن‌ها می‌پردازیم، در واقع وجوب طلاق برای شخصی ایلاءکننده واضح است لکن این وجوب از نوع وجوب تخییری است به این معنی که شخص می‌تواند بین انجام دادن یک واجب دیگر [در این‌جا بازگشت و آمیزش با همسر] و طلاق دادن او انتخاب نماید دقیقاً مانند حکم نماز جمعه در عصر غیبت حضرت حجت‌بن‌حسن (روحی و ارواح العالمین لتراب مقدمه الفداه) که فرد مکلّف، بین خواندن نمازجمعه و نمازظهر مخیّر است یعنی در واقع در این‌جا خواندن نماز جمعه واجب تخییری است و در ما نحن‌فیه طلاق دادن واجب تخییری می‌باشد.

بنابراین و همان‌طور که گفته شد حکم طلاق برای شخص ایلاءکننده در نزد فقهای امامیه واجب شناخته شده است بنابراین به ذکر چند نمونه از آن‌ها اکتفا می‌کنیم تا موضوع روشن گردد. شیخ یوسف بحرانی(رضوان الله علیه) در حدائق‌الناظره، زمانی که طلاق را به احکام خمسه‌ی تکلیفیه منقسم کرد، می‌فرماید: و المرادُ بالواجب طلاقُ المولی و المظاهر،

فالطلاق واجبٌ تخییراً یعنی مراد از طلاق واجب طلاق ایلاءکننده و ظهارکننده است و این طلاق واجب تخییری است (الحدائق‌الناظره، بحرانی، ج۲۵، ص۲۶۸) مرحوم شهید ثانی(رضوان الله علیه) نیز در شرح‌لمعه همان‌طور که گفته شد به‌همین کیفیت طلاق ایلاءکننده را جزء طلاق‌های واجب می‌دانند (شهید ثانی، ۱۳۹۸ ه.ق، ج۷، ص۲)

مرحوم شیخ طوسی(رضوان الله علیه) در المبسوط می‌فرماید: طلاق واجب طلاق ایلاءکننده است و برای او یا رجوع و آمیزش است و یا طلاق دادن و اگر از هر دو این‌کار امتناع کرد امام او را حبس می‌کند و برخی از اصحاب ما (امامیه) گفته‌اند که امام می‌تواند از طرف شوهر، زن را طلاق دهد. ابن‌حمزه(رضوان الله علیه) نیز در الوسیله ذیل بحث از طلاق واجب اولین مثالی که برای آن می‌زند طلاق شخص ایلاءکننده است (الوسیله الی نیل الفضیلة، ابن‌حمزه، ج۱، ص۳۲۰) علی‌بن‌محمدقمی(رضوان الله علیه) نیز در کتاب خود اولین موردی را که برای طلاق واجب ذکر فرموده طلاق شخص ایلاءکننده است (قمی، ۱۳۹۰، ج۲، ص۶۶) ایشان در ادامه طلاق خلع را نیز جزء طلاق‌های واجب بیان می‌دارند. مرحوم ابن‌زهره(رضوان الله علیه) نیز در غنیه در مواردی که برای طلاق واجب اشاره کرده‌اند اولین مورد را طلاق ایلاءکننده می‌دانند (الغنیه النزوع، ابن‌زهره، ج۱، ص۳۷۳). همچنین مرحوم صاحب جواهر(رضوان الله علیه) نیز در کتاب خود اشاره به طلاق ایلاءکننده و وجوب آن دارند که در بحث‌های قبلی به تفصیل بیان شد. و به تبع مراجع موجود نیز همین حکم را تأیید فرموده‌اند (رساله‌ی مراجع)

بررسی حکم ایلاء در حقوق موضوعه ایران

در حقوق ایران در مورد ایلاء صحبتی به میان نیامده است، لکن به این دلیل که می‌دانیم قوانین ایران، از فقه امامیه نشأت گرفته است در واقع باید همان مسائل فقهی را در این‌جا نیز حاکم بدانیم، باید خاطرنشان کنیم که در حال حاضر مسائلی از قبیل ایلاء، ظهار و لعان تقریباً متروک افتاده‌اند و انجام نمی‌شوند، لکن به این دلیل که فقه باید پاسخ‌گوی همه‌ی موارد و مسائل انسان باشد، این موضوعات مطرح است که اگر احیاناً کسی به آن مبتلا گشت، احکام را بداند و اجرا کند، چیزی که در این مقام می‌توان استفاده کرد در واقع این است که اگر چنانچه زنی در این وضعیت قرار گرفت، می‌تواند با مراجعه به دادگاه الزام شوهر خود را به طلاق دادن وی و یا انجام عمل زناشویی بخواهد و دادگاه‌های ما بنا بر اصل ۱۶۷ که باید به متون فقهی و نظرات و فتاوای فقهای امامیه مراجعه و حکم نماینده، حکم در این مسئله را نیز

از فتاوای فقهای امامیه استناد نموده و تکلیف زن را مشخصی نمایند.

گفتار دوم: طلاق واجب بر اثر ظهار

احکام ظهار

اولاً لازم است که در هنگام انجام ظهار دو مرد عادل حضور داشته باشند تا صیغه‌ی ظهار را بشنوند، همان‌طور که در طلاق حضور دو شاهد شرط می‌باشد، بنابراین اگر شوهر ظهار کند و دو شاهد عادل آن را نشوند، ظهار لغو و باطل است. ثانیاً زن باید خالی از حیض و نفاس باشد به شرط آن‌که شوهر نزد او حاضر باشد یا به حکم حضور باشد [مثلاً در عین غائب بودن بداند که او در طهر است یا در طهر نیست] و زن باردار نباشد، ثالثاً ظهار باید در طهر غیرمواقعه صورت پذیرد. رابعاً ظهارکننده باید کامل باشد یعنی بالغ، عاقل و دارای قصد باشد (شهید ثانی، ۱۳۹۸ ه.ق، ج۷، ص۱۰۹) اگر ظهار با شرائط فوق انجام شود ابتدا باعث می‌شود تا زوجه بر زوج به‌صورت موقت حرام گردد یعنی به تفریق جسمانی حکم می‌گردد مگر این‌که کفاره توسط مرد پرداخت شود و اگر چنانچه مرد بدون پرداخت کفاره بعد از ظهار با همسر خود نزدیکی نماید، شرعاً گناهکار بوده و باید توبه کند. در حالتی که شوهر بعد از انجام ظهار نه کفاره بپردازد و نه همسر خود را طلاق دهد، زن حق دارد به محکمه مراجعه نموده و محکمه مرد را به پرداخت کفاره و رجوع و یا طلاق ملزم می‌کند ـ به‌صورت واجب تخییری همان‌طور که در مورد ایلاء توضیح داده شد ـ و اگر مرد حاضر به انجام نشد قاضی می‌تواند او را محبوس نموده و بر او سخت بگیرد تا یکی از این دو کار را انجام دهد و بنا به‌نظر برخی از فقهاء می‌تواند رأساً اقدام به طلاق دادن زوجه نماید (همان، ج۷، ص۱۰۹ الی ۱۱۱) بنابراین ظهار نیز مانند ایلاء جزء طلاق‌های واجب است، لکن واجب تخییری، مرد بعد از انجام ظهار باید همسر خود را طلاق داده و یا این‌که کفاره پرداخت نموده و رجوع کند.

بررسی نظرات فقها در مورد طلاق واجب در ظهار

بعد از ظهار اگر زوجه بر این موضوع صبر کرد که هیچ؛ ولی اگر صبر نکرد و موضوع را نزد حاکم می برد، حاکم شوهر را احضار کرده و بین کفاره دادن و رجوع به زن و طلاق دادن زن او را مختار می‌گذارد ـ یعنی او را ملزم و مجبور می‌کند که یا طلاق دهد و یا این‌که کفاره پرداخته و رجوع کند ـ از زمان اقامه‌ی دعوا نیز سه ماه به شوهر فرصت می‌دهد تا یکی از این دو را انتخاب نماید. اگر مدت سه ماه پایان یافت و شوهر هیچ‌کدام از دو راه را انتخاب نکرد، قاضی او را حبس می‌کند و در خوردن و آشامیدن بر وی سخت می‌گیرد ولی نمی‌تواند او را به‌صورت تعیینی مجبور به طلاق دادن یا رجوع نماید به‌خاطر این‌که ادله شرعی برای موضوع وجود ندارد. و ظاهر ادله نیز دلالت بر اجبار به یکی از این کارها به‌صورت تخییری می‌کند (نجفی، ۱۳۸۷، ج۳۳، ص۱۶۴)

مرحوم صاحب جواهر(رضوان الله علیه) در ادامه ادعای اجماع بر این مطلب می‌نمایند و چند نمونه از کتاب نهایه و کشف‌اللثام و الریاض ذکر می‌نمایند که دلالت بر اجماع فقهای امامیه بر این مطلب می‌کند (همان، ج۳۳، ص۱۶۴)

استثناء، در این‌جا، این است که اگر فرد ظهارکننده قدرت پرداخت کفاره را داشته باشد و این‌کار را انجام ندهد طلاق برای او واجب عینی می‌گردد به‌صورتی که حاکم نیز می‌تواند این‌کار را انجام بدهد همان‌طوری که قاعده‌ی لاضرر و نفی حرج نیز بر آن دلالت می‌کند (همان، ج۳۳، ص۱۶۵ و ۱۶۶)

فقهای امامیه در آن‌جایی که بحث از طلاق واجب کرده‌اند عموماً دو مورد را ذکر کرده‌اند یکی طلاق مولی و دیگری طلاق مظاهر یعنی از جمله طلاق‌های واجب طلاق ایلاءکننده و طلاق ظهارکننده را ذکر کرده‌اند، و ما برای نمونه در اینجا نیز به چند مورد بسنده می‌کنیم. شهید ثانی(رضوان الله علیه) در کتاب شرح‌لمعه در آن‌جایی که از طلاق واجب سخن می‌گوید می‌فرماید: «وإما واجبٌ، و هُوَ طلاقُ المولی، و المظاهر» یعنی طلاق واجب و آن عبارت است از طلاق ایلاءکننده و ظهارکننده (شهید ثانی، ۱۳۹۸ه.ق، ج۷، ص۲۵)

شیخ یوسف بحرانی(رضوان الله علیه) نیز بعد از بیان این‌که طلاق ایلاءکننده جزء طلاق‌های واجب است به طلاق شخصی ظهارکننده اشاره فرموده‌اند و آن را واجب تخییری داشته‌اند (الحدائقُ الناظرة، بحرانی، ج۲۵، ص۲۶۸) و همان‌طور که گذشت مرحوم صاحب

جواهر(رضوان الله علیه) نیز در کتاب خود آن را جزء طلاق‌های واجب دانسته‌اند. (نجفی، ۱۳۸۷، ج۳۳، ص۱۶۴) و به‌تبع مراجع نیز در حال حاضر،جملگی آن را طلاق واجب می‌دانند (رساله‌ی مراجع)

بررسی حکم ظهار در حقوق موضوعه‌ی ایران

در واقع این مورد نیز مانند ایلاء می‌باشد یعنی در حقوق ایران بحثی در مورد ظهار نشده است لکن با توجّه به این موضوع که تمام احکام و قواعد و اصول قانونی ما مخصوصاً در ما نحن‌فیه از فقه جعفری گرفته شده است. در این‌جا نیز در صورت وقوع چنین اتفاقی و با استناد به اصول ۱۶۷ قانون اساسی قاضی موظف است به فقه رجوع کند و احکام آن را صادر کند.

آیا بررسی احکامی چون ظهار و ایلاء که تقریباً در عصر حاضر متروک هستند ضرورتی دارد؟

ممکن است افرادی که آگاهی زیادی ندارند، طرح برخی از مباحث فقهی را چندان لازم و مفید نداند اما بحث درباره‌ی این‌گونه مباحث در جامعه‌ی علمی به‌نوبه‌ی خود مفید است؛ زیرا در جامعه‌ای که افکار علمی در حال پیشرفت و توسعه است، دانشمندان در علوم مربوط به خود، لازم می‌دانند که به بررسی منطقی و یادگیری اصول و قوانین، سرمایه‌ی علمی خود را پرورش و بیش‌تر نمایند. هر چند برخی از این مباحث جنبه‌ی عملی نداشته باشد، بلکه تنها جنبه‌ی نظری داشته باشد، مانند برخی از مباحث ریاضیات که تنها جنبه‌ی نظری دارند. در ذیل بحث از ظهار دانشجو یا طلبه با مباحثی از روایات، بحث‌های اصولی، رجالی و حدیثی و تفسیر سروکار پیدا می‌کند قطعاً در ایجاد ملکه‌ی اجتهاد، فهم روایات، دانش تفسیر بی‌تأثیر نخواهد بود.

از سوی دیگر، طرح برخی موضوعات و بحث‌هایی که زیاد پیچیده بوده و بار علمی مفید ندارد را نیز نباید به بهانه‌ی پرورش ذهن طلبه یا دانشجو مطرح نمود و وقت گرفت. تذکر این نکته مهم است که هر علمی برای متخصص آن علم اهمیت دارد و چه‌بسا دسته‌ای از

مباحث برای کسانی که با آن‌ها سروکار ندارند، بی‌اهمیت تلقی شود. ولی برای دانشـمندانی که تخصص در آن علم دارند مهم باشد، و در واقع زمینه‌ای برای بروز مسائل جدید و روزمره برایشان باشد، پس نباید دانشمندان یک علم را به‌خاطر برخی مباحث سـرزنش و یـا از روی ناآگاهی اظهارنظر کرد. به این توضیح که ما نحن‌فیه که مورد بحث مـا اسـت ممکـن اسـت ایجاد یک بستر مناسب برای بحث از انواع دیگر طلاق واجب که امـروزه بسـیار مـورد ابطـلا می‌باشد.

گفتار سوم: طلاق قضایی (طلاق در هنگام عسر و حرج)

مقدمه

در بخش‌های قبلی طلاق قضایی و غیرقضایی در اقسام طلاق گذشت لکن در اینجا با توجه به موضوع مورد بحث باید بیش‌تر وارد شویم و به عمق مطلب بپردازیم. شیوه‌ی طلاق تا یک قرن پیش در جامعه‌ی ایران عیناً همان چیزی بود که در عصر تشریع متداول و رایج بود؛ یعنی اعمال طلاق از جانب مرد بدون نیاز به حکم دادگاه و به‌صورت یک‌جانبه. اما از حدود یک قرن پیش دخالت تمام مراجع قضایی در کلیه‌ی طلاق‌ها، اعم از طلاق به درخواست مرد و طلاق به درخواست زن و طلاق توافقی ضروری بوده است. قانون مدنی ایران که مصوب سال ۱۳۰۷ می‌باشد در مواردی اجازه‌ی طلاق را به دست قاضی سپرده بود، اما به این دلیل که ماده ۱۱۳۳ این قانون مرد را مخیّر دانسته که هر گاه بخواهد همسر خود را طلاق دهد و در این مورد اختیاری برای محکمه قرار نداده بود، باید گفت: اصطلاح طلاق حاکم با تصویب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶ موضوعیت یافت. تصویب ماده واحده قانون اصلاح مقررات طلاق مصوب ۱۳۰۷ نیز این شبه را ایجاد کرد که همه‌ی طلاق‌ها طلاق حاکم‌اند، و هم‌چنین اصلاح ماده ۱۱۳۳ ق.م در سال ۱۳۸۱ نیز به این شبه دامنه زد. این موضوع واضح است که به‌هیچ تردیدی دادگاه در تمامی انواع طلاق‌ها نقش دارد (از جانب زوجه، زوج یا هر دو) اما چگونگی این نقش وجه تمیز بین طلاق قضایی (حاکم) و طلاق غیرقضایی است. بنابراین و با توجّه به این امر شاید تمام طلاق‌ها طلاق قضایی باشند، لکن در تعریفی که از طلاق قضایی در بحث‌های گذشته انجام دادیم مشخص می‌شود که منظور ما این نیست. در واقع مقصود ما از طلاق قضایی طلاقی است که در ید

اختیار زوج نباشد و یا به‌عبارت دیگری طلاقی که زوج به آن الزام و اجبار شود و در واقع در حالتی که زوج واجب است همسر خود را طلاق دهد، طلاق قضایی می‌باشد.

بنابراین با توجّه به اینکه اسلام و قانون مدنی ایران به‌تبع آن وقوع طلاق را به اراده و خواست زن وانگذاشته- که البته در خلال بحث‌ها متوجّه می‌شویم که همین بحث طلاق قضایی و طلاق واجب در واقع به نوبه‌ی خود اختیار طلاق را به‌دست زن سپرده است- این سؤال مطرح می‌گردد که آیا راه طلاق به‌طور کلی به روی زن بسته است و در شرایطی که شوهر از آن استنکاف می‌ورزد و از سوی دیگر ادامه‌ی زندگی مشترک به دلایل قابل توجیه و قبول برای زن غیر قابل تحمل است، زن محکوم به سوختن و ساختن است؟ یا در فقه اسلامی راه‌هایی برای رهایی او در نظر گرفته شده است؟ در پاسخ به این سؤال باید گفت: در شرایطی که ادامه‌ی زندگی مشترک برای زن غیرقابل تحمل باشد و شوهر طلاق را نپذیرد و از این حق قانونی سوءاستفاده کرده و در حق زن اجحاف روا دارد فقیهان اسلامی به زن اجازه می‌دهند که از حاکم تقاضای طلاق نماید و حاکم نیز شوهر را به طلاق مجبور خواهد کرد، و در صورت خودداری شوهر از طلاق، زن را رأساً طلاق خواهد داد. در واقع این‌گونه از طلاق را طلاق قضایی می‌گویند (علایی رحمانی، ۱۳۸۴، ص۴۷ الی ۵۰)

عسر و حرج

مقدمه

مسئله‌ی مهمی که در طلاق قضایی به چشم می‌خورد و در واقع از مبادی و مبانی طلاق قضایی به‌شمار می‌آید بحث عسر و حرج است و در واقع در فقه، فقیهان به جای به‌کار بردن لفظ طلاق قضایی از لفظ طلاق حرجی استفاده می‌نمایند. چرا که این طلاق زمانی صورت می‌گیرد و در واقع حاکم زمانی حق دارد رأساً اقدام به طلاق دادن زوجه نماید که وی در حال عسر و حرج قرار گیرد لذا به‌نظر می‌رسد تبیین ابعاد مختلف، عسر و حرج و لاضرر که دو قاعده‌ی بسیار مهم فقهی می‌باشند در این مجال لازم باشت تا بعداً با زوایای مختلف طلاق قضایی یا طلاق حرجی و به‌دست حاکم در فقه بیش‌تر آشنا شویم.

موارد شمول قاعده‌ی لاحرج

قاعده‌ی لاحرج به‌عنوان قاعده ای استوار در برخورد با سایر احکام به اقتضاء مورد و در

صورت بروز حرج،حکم اولیه را منتفی می‌سازد. صرف‌نظر ازحکمت وجودی قاعده‌ی لاحرج موارد شمول این قاعده یکی از مباحث مطرح در موضوع قاعده‌ی لاحرج است (موگوئی، ۱۳۸۷، ص۷۲)

قاعده‌ی لاحرج و احکام اولیه

چنانچه احکام اولیه متضمن سختی و مشقّت مکلّف باشد قاعده‌ی لاحرج بر آن حاکم است و حکم اولیه را بر می‌دارد، این امر در میان فقهاء به اتفاق آراء پذیرفته شده است، بنابراین امر شارع بر این قرار گرفته است که بر اساس توانایی مکلّف و به اقتضاء شرایط احکام اولیه اجرا شود. بنابراین ضرورت شریعت سهله ایجاب می‌کند، که اطلاق قاعده‌ی لاحرج جمیع احکام اولیه را شامل شود و در دائره‌ی شمول آن هیچ استثنایی وجود نداشته باشد، جزء رفع حرج متعارض با آن. بنابراین در کلیه‌ی احکام اولیه که اجرای قاعده‌ی نفی عسر و حرج به رفع مشقّت و زحمت مکلّف می‌انجامد. حکم قضیه‌ی لاحرج مشخص است و تنها در مواردی که در مرحله‌ی جمع، چند حکم با یکدیگر تعارض حاصل می‌شود، قاعده‌ی لاحرج دچار مشمول محدودتری می‌شود (همان، ص۷۲ و ۷۳)

قاعده‌ی لاحرج و انواع مصادیق حرج

مصادیق حرجی که از بحث قاعده‌ی لاحرج از آن گفتگو به‌میان می‌آید، به‌طور عمده بر محور رفع حرج می‌چرخد، از این‌رو هر مصداقی که در عالم واقع متصور می‌شود و به‌نوعی متضمّن حرج و مشقّت برای بندگان باشد، از نظر شارع مردود و مرفوع است. (همان، ص۷۳)

نفی حرج در مضرّات عام

این نوع حرج که متضمّن مشکلات برای عموم مردم است در اسلام مردود است و لذا هر امری که به جامعه لطمه وارد سازد می‌بایست برطرف گردد. بنابراین حرج عمومی و اقدام به فعالیت‌هایی که در برگیرنده‌ی مشکلات و مصائب فردی و اجتماعی می‌شود، به‌عنوان مصداق حرج عمومی منتفی و می‌بایست مرتفع گردد. در روایتی از حضرت رسول (صلی‌الله‌علیه و آله و سلم)، دستور صریح ایشان این است که مالکین اموال خصوصی نباید نوعی در اموال خود تصرف نمایند که موجب ضرر به عموم مردم گردند. در واقع این امر

اهتمام شارع مقدس را در نفی عسر و حرج می‌رساند (همان، ص۷۳)

نفی حرج در مسائل شخصی

همچنین این قاعده مشقّت و سختی را بر تک‌تک افراد مرتفع می‌داند. این امر چه در عبادات و چه در روابط اجتماعی به کلیه‌ی ابعاد آن متصوّر است. در این خصوص می‌توان به روایت محمدبن حسین بن‌الخطاب اشاره کنیم که به امام‌حسن عسگری (علیه السلام) نامه‌ای نوشت با این ممضون که مالک می‌خواهد آب را از سر نهر بردارد و این‌کار او باعث می‌شود تا آسیاب از کار بیافتد آیا او چنین حقّی را دارد؟ در جواب حضرت فرمودند: از خدای بپرهیزد، و در این مورد نیکو عمل کند و زیانی به برادر مؤمنش‌نزنند (وسائل شیعه، شیخ حر عاملی، ج۱۴، ص۳۴۳) در عبادات و اعمال شخصی نیز وجوب قاعده‌ی لاحرج بدیهی است و به‌عبارت دیگر شمول تقدم لاحرج و لاضرر در احکام عبادی، معاملات و... در پرتو روایات و احادیث باعث شده است تا فقهاء قاعده‌ی لاضرر و لاحرج را از جمله قواعدی بدانند که مبانی آن‌ها وجوب و الزام است (موگوئی، ۱۳۸۷، ص۷۴ و ۷۵)

قاعده‌ی لاحرج و شمول آن نسبت به امور عدمی

تاکنون از مواردی بحث کردیم که قاعده‌ی لاحرج در احکام کاربرد داشت که آن احکام تعیین و وجود داشت و به‌صراحت در دستورات و فرامین شرعی تکلیف آن روشن ذکر شده بود. اما موضوع دیگری که قابل بحث است این است که آیا قاعده‌ی لاحرج در امور عدمی نیز سرایت دارد یا خیر؟ در خصوص این موضوع چند نظریه مطرح است که تفصیل آن و ایرادات وارده بر آن آورده می‌شود: برخی از فقهاء معتقدند که این قاعده فقط شامل احکام وجودی است و معنای دلیل لاحرج، نفی حکم شرعی مستلزم حرج است؛ اما عدم حکم یا حکم شرعی نیست تا این‌که به فرض استلزام یا حرج، به استناد قاعده‌ی نفی حرج مرتفع شود، دلیل لاحرج ناظر به احکام مجعول در شرع است و عدم‌الحکم خود از احکام مجعول نیست تا مشمول دلیل لاحرج شود؛ به‌علاوه اگر پذیرفته شود که قاعده‌ی لاحرج و لاضرر شامل احکام عدمی نیز می‌شود، بدین‌معنی است که فقه جدیدی تأسیس شده است که بر اساس آن بسیاری از امور حلال دین، حرام و بسیاری امور ممنوع مجاز می‌شود. برعکس به اعتقاد برخی از فقهاء، قلمرو و قاعده‌ی نفی عسر و حرج احکام عدمی را نیز در بر می‌گیرد؛ مطابق این نظریه عدم جعل حکم در موضوعی که قابلیّت جعل حکم را دارد، در واقع جعل

آن حکم است. بنابراین عدم حکم در این موارد خود حکمی مجعول است؛ به‌ویژه آن‌که شارع مقدس هیچ چیزی را بدون حکم باقی نگذاشته است، و برای همه‌چیز حکمی جعل کرده است، که برخی وجودی و برخی دیگر عدمی است.

طبق این نظریه، از لحاظ کبروی به‌صورت کلی هیچ مانعی نیست که دلیل لاضرر و نفی حرج شامل احکام عدمی هم بشود؛ از لحاظ صغروی، موردی که عدم حکم، موجب ضرر و حرج باشد تا به استناد نفی حرج و لاضرر به انتفای آن حکم شود، یافت نمی‌شود. بر این نظریه نیز ایراداتی وارد است؛ از جمله این‌که اگر شارع در مقام بیان باشد و چیز قابل جعلی را بدون بیان بگذارد، شاید بتوان گفت که عدم حکم شارع در این مورد مساوی با عدم و خود از مقوله حکم محسوب است، لکن در مواردی که شارع در مقام بیان نبوده، دیگر نمی‌توان پذیرفته که هر عدم حکمی، مساوی با حکم عدم است، مگر این‌که بگوییم چون شارع متکفل بیان یک سیستم قانونی کلی برای جامعه است، لازم است در مواردی که عدم‌الحکم موجب حرج و ضرر مکلّفان می‌شود، آن را طرد کند (سیستانی،سیدعلی،ص۱۰۰؛همان، ص۷۶ و ۷۷؛ محقق داماد، ۱۳۸۰، ص۷۷ و ۷۸)

جمع‌بندی بحث و نظر نگارنده

از این بحث نظری می‌خواهیم نتیجه بگیریم که مبنای طلاق قضایی که مبتنی بر عسر و حرج زوجه است به چه صورت می‌باشد و در واقع در مقام یک بحث کلی راجع به یک قاعده‌ی فقهی دایره‌ی شمول آن تا کجا می‌باشد و در چه احکامی تأثیرگذار است؛ که همه‌ی این موارد مشخص شد به این صورت که قاعده‌ی عسر و حرج یا به بیان بشر قاعده‌ی نفی حرج،شمول بسیار گسترده‌ای در فقه دارد و در تمام موارد در فقه حاکم بر احکام اولیه می‌شود؛ به این ترتیب در موضوع مورد بحث ما نیز که همان طلاق است اگر چنانچه برای زوجه مصداق عسر و حرج به‌وجود بیاید، این قاعده بر اصل اولی و حکم اولیه در طلاق که به‌دست زوج است حاکم می‌گردد و به استناد آن می‌توان توسط حاکم طلاق جاری گردد. در ادامه‌ی بحث به مصادیق و موارد جزئی نفی حرج در مورد طلاق در فقه و حقوق موضوعه ایران اشاره خواهیم کرد ان شاءا... .

مبانی فقهی طلاق قضایی

مبانی فقهی که به نظریه‌ی طلاق قضایی منجر مـی‌شـوند را مـی‌تـوانیم بـه سـه بخـش تقسیم کنیم:

الف) آیات قرآن ب) روایات ج) قواعد فقهی

در واقع ادله‌ی که بر طلاق قضایی و مشروعیت آن دلالت دارند بـه شـرح فـوق مـی‌باشـند (علوی قزوینی، ۱۳۷۶، ص۱۲۱)

الف- آیات قرآن

آیه‌ی ۲۲۹ سوره‌ی مبارکه بقره:

«الطلاق مرتّان، فامساک بمعروف أو تسریع بإحسان» یعنی طلاق با رجوع دوبـاره اسـت پس باید با خوشی و سازگاری زن را نگاهدارد و یا به نیکی او را طلاق دهد.

آیه‌ی ۲۳۱ سوره‌ی مبارکه بقره:

«و إذا طلقـتم النسـاءِ فَـبلَغْنَ أجَلَهُـنَّ، فامسـکوهُنَّ بعـروف أوْ سـرحْوهُن بمعـروف و لاتمسکوهُنَّ ضراراً لِتَعْتَدوا و مَنْ یَفْعَل ذلک فَقَد ظَلَم نفسه» یعنـی هـر گـاه زنـان را طـلاق دادیم و به پایان زمان عده نزدیک شدند، از آنـان بـه خـوبی نگهـداری کنیـد یـا بـه خـوبی رهایشان کنید، مبادا آنان را به‌گونه‌ای زیان‌آور نگه دارید، تا بر آنان ستم روا دارید، هر کـس چنین کند همانا بر خود ستم کرده است.

آیه‌ی ۲ سوره‌ی مبارکه طلاق:

«فإذا بَلَغْنَ أجَلَهُنَّ فإمسکوهُنَّ بمعروفٍ أوْ فارقوهُنَّ بمعروفٍ» یعنی پس چـون بـه پایـان زمان عده نزدیک شدند یا آنان را به خوبی نگه دارید و یا از آنان جدا شوید.

از مجموع آیات فوق چنین استفاده می‌شود که شوهر، در ارتباط با همسر خود باید یکی از دو روش را در پیش بگیرد یا حقوق او را به‌طور کامل اداء و وظایف خود را آن‌گونه که شایسـته است ایفاء کند (امساک به‌معروف) یا او را مطابق مقررات شرع طلاق دهد و رها سازد (تسـریح باحسان)، تا زن با انتخاب شوهر شایسته نیک‌بختی خود را بازیابد و راه سـومی در ایـن زمینـه وجود ندارد - همان‌طور که در بخش‌های قبلی سخن و رأی اسـتاد مطهـری را در ایـن زمینـه بررسی کردیم - آنچه که شاهد بر این موضوع می‌باشد، قسمت دیگری از کلام خداونـد تعـالی است که می‌فرماید: «و لاتمسکوهُنَّ ضراراً لتعتدوا» زنان خود را به گونـه‌ای زیـان‌آور نگهـداری نکنید [آیه ۲۳۱ سوره‌ی مبارکه بقره]. مطابق این فقره از کلام خدا - که در حقیقت یـا تأکیـد حکمی است که در آیه‌های گذشته بیان شد یعنی همـان قـانون کلـی امسـاک بـه‌معـروف یـا

تسریح باحسان، و یا انشای حکم جدید - هر نوع نگهداری همسر که باعث ضرر و زیان و حرج زوجه شود مشروع نیست، خواه این ضرر ناشی از تقصیر اختیاری شوهر باشد از قبیل ترک انفاق، عدم حسن معاشرت و... و یا ورود ضرر قهری و غیراختیاری باشد مانند عجز و عدم قدرت بر انفاق، عنن شوهر و... . شایان ذکر است که کلمه‌ی «لتعتدوا» در آیه‌ی مورد بحث که در واقع به‌منظور تعلیل حکم مزبور است- نیز صرفاً به معنای تعدّی و ستم اختیاری نیست تا مواردی که ورود ضرر بر زوجه ناشی از امور غیراختیاری بوده از شمول آیه خارج گردد زیرا اطلاق کلمه‌ی «لتعتدوا» بر ستم و تعدّی غیراختیاری به مثابه اطلاق آن به ستم و تعدّی اختیاری صحیح و شایسته است و از این‌رو، از نظر عرفی مستهجن نخواهد بود اگر گفته شود: نگاه داشتن زنی که شوهر وی عاجز از ادای حقوق او است ستم بر همسر است (همان، ص۱۲۲ و ۱۲۳؛ بحوث فقیه، حلی، ص۱۸۶ و ۱۸۷) از آیاتی که گذشت یک قانون کلی و قاعده‌ی کبروی، استنباط می‌گردد مبنی بر این‌که شوهر در زندگی مشترک با همسر خود، باید یکی از دو راه را برگزیند، یا با وی به نیکی و شایستگی رفتار کند (امساک به معروف) و یا او را طلاق دهد (تسریح به احسان) از این‌رو شوهر نمی‌تواند هم از ایفای حقوق واجب زن و هم از طلاق او امتناع کند (همان)

ـ *یک شبهه و پاسخ آن:* ممکن است گفته شود با توجّه به شأن نزول آیه ۲۲۹ سوره‌ی مبارکه بقره و نیز تفریع جمله‌ی «فإمساکٌ بمعروف او تسریح باحسان» بر «الطلاق مرتّان» روشن می‌شود که منظور از امساک به‌معروف، در این آیه رجوع مرد در عده می‌باشد. چنانکه در آیه‌ی ۲ سوره‌ی مبارکه طلاق نیز آمده است: «فإذا بَلَغْنَ أجَلَهُنَّ فأمسکوهُنَّ بمعروف أوْ فارقوهُنَّ بمعروف» یعنی هنگامی که زنان به پایان عده نزدیک شدند آیا آنان را به خوبی نگه دارید و یا به‌خوبی از آنان جدا شوید. تردیدی نیست که منظور از فأمسکوهُنّ بعروف: آنان به خوبی نگهدارید در آیه‌ی فوق رجوع مردان در زمان عده است. از سوی دیگرگفته شده است که معنای «تسریح به احسان» در آیه‌ی مورد بحث طلاق سوم می‌باشد چنانکه از ابن‌عباس روایت شده است که وی «تسریح باحسان» را به طلاق سوم تفسیر کرده است (الخلاف، شیخ طوسی، ج۴، ص۴۴۵؛ مروارید، ۱۳۶۴، ج۲۰، ص۱۵۹)

برخی از روایات معصومین (علیهم‌السلام) نیز، تفسیر فوق را تأیید می‌کنند:

۱- روایت موثقه‌ی حسن بن فضّال از امام‌رضا (ع): «اِنَّ الله عزوجل أذن فی الطلاق مرتیّن، فقال: «الطلاق مرّتان فإمساک بمعروف أوْ تسریح باحسان» یعنی فی‌التطلیقةُ الثالثة

(وسائل‌الشیعه، شیخ حر عاملی، ج۱۵، باب ۴، ص۳۵۹)

۲- روایت ابی‌بصیر از امام‌صادق (ع): اِنَّ الله تعالی یقول: «الطلاق مرّتان فامساک بمعروف اَو تسریح باحسان» و التسریح باحسان هی التطلیقةُ الثالثة (همان، ص۳۶۱)

۳- عیاشی در تفسیر خود از أبی‌بصیر، از امام‌صادق(ع) روایت می‌کند که امام فرمودند: اِنَّ الله یقول: «الطلاق مرّتان فامساک بمعروف او تسریح باحسان» و التسریح هی التطلیقةُ الثالثة (همان، ص۳۶۰)

در تفسیر ابوالفتوح رازی نیز در ذیل تفسیر آیه‌ی مورد بحث آمده است: «در خبر است که رسول (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) این آیت برخواند، گفتند: یا رسول‌الله: فأینْ اَلثالثة؟ طلاق سوم کجاست؟ فرمود: فامساک بمعروف او تسریح باحسان (تفسیر روض‌الجنان، ابوالفتوح رازی، ج۳، ص۲۷۲؛ الطبرسی، ۱۴۰۸ ه.ق، ج۱، ص۵۷۸)

به هر روی، با توجّه به آیه‌ی شریفه و روایات مذکور افتاده این موضوع مشخص می‌گردد که، آیه در مقام تقنین و جعل یک قاعده‌ی کلی و حکم کبروی در روابط بین زوجین نیست، بلکه تنها در مقام تشریح حکمی خاص در مورد طلاق دوم است و از این‌رو معنای آیه چنین خواهد بود: بعد از دو بار طلاق رجعی یا در عده رجوع کرده و با زنان خود، به نیکی رفتار کنید و یا آن‌ها را با طلاق سوم به‌خوبی و شایستگی رها کنید (علوی قزوینی، ۱۳۸۰، ص۱۰۶)

ـ پاسخ به شبهه‌ی وارده: اولاً به عقیده‌ی اکثر مفسرین و فقهاء از جمله‌ی (تسریح باحسان) طلاق سوم اراده نشده بلکه منظور از «تسریح باحسان» ترک زنان معتده تا سپری شدن زمان عده‌ی آن‌ها است، چنانکه از سدی و ضحاک و از طریق خاصه از امام باقر (ع) به‌همین مضمون روایت شده است (طباطبایی، ۱۳۷۵، ج۲، ص۲۳۳) این گروه از فقهای آیه‌ی «فإن طلقّها فحل له من بعد حتی تنکح زوجاً غیرهُ» به طلاق سوم اشاره کرده است (ینابیعُ الفقهیه، مروارید، علی‌اصغر، ج۲۰، ص۳۰۱ و ۲۱۸) هر گاه زن را برای دفعه‌ی سوم طلاق داد، بر شوهر خود حلال نخواهد بود مگر این‌که آن زن شوهر دیگری اختیار کند. و پس اگر شوهر دوم زن را طلاق داد بر آن زن و شوهر نخستین روا خواهد بود که به زناشویی بازگردد. استدلال این دسته از فقهاء به این صورت است که: چنانچه مقصود از جمله «تسریح باحسان» طلاق سوم باشد. آیه‌ی «فإن طلقّها فلاتحل له حتی تنکح زوجاً غیره» تکرار همان حکم سابق بوده و در نتیجه لغو و خالی از فایده خواهد بود.

مرحوم شیخ طوسی(رضوان الله علیه) در این‌باره می‌فرماید: «و متی قوله تعالی او تسریح باحسان علی الطلقة الثالثة کان قوله تعالی، فإنْ طَلَقَّها بعد ذلک تکراراً لافائده فیه» یعنی وقتی خداوند تعالی آیه‌ی «فإن طَلقتها» را نازل کرده است در مورد طلاق سوم اگر معنای «تسریح باحسان» طلاق سوم باشد تکراری است که فائده‌ای ندارد (الخلاف، شیخ طوسی، ج۴، ص۴۴۵) در احکام القرآن نیز، جصّاص بعد از این‌که به‌دلیل فوق تمسّک می‌جوید، به‌وجوهی دیگری نیز اشاره می‌کند، از جمله این‌که گفته است: در سرتاسر قرآن کریم هر گاه بعد از بحث طلاق، صحبت از تسریح یا فراق (جدایی) به‌میان آید، منظور از آن، ترک رجوع در عده تا سپری شدن زمان آن می‌باشد و آنگاه به آیات ۲۳۱ سوره‌ی مبارکه‌ی بقره و ۲ سوره‌ی مبارکه‌ی طلاق اشاره می‌کند (أحکام القرآن، جصّاص، ج۱، ص۳۹۰) و هم‌چنین گفته است: هر گاه مقصود از تسریح باحسان طلاق سوم باشد، ناچار مراد از آیه‌ی «فان طَلقَّهَا فلاتحلُ له حتی تنکَحُ زوجاً غیره» ـ که با فاء عطف تعقیب به آیه‌ی قبل شده است ـ طلاق چهارم خواهد بود (همان منبع) در ادامه جصّاحی می‌گوید: از آن‌جایی که هدف از نزول آیه‌ی «الطلاق مرّتان فإمساک بمعروف أوْ تسریح باحسان» نسخ قانون جاهلیت، مبنی بر غیرمحصور بودن عدد طلاق و نیز تبیین دفعات طلاقی است که، پس از آن جدایی بین زوجین برقرار خواهد شد، مگر آن‌که زن به ازدواج شوهر دوم درآمده و پس از او نیز جدا گردد، بنابراین چنانچه از جمله‌ی «فإمساک بمعروف» طلاق سوم اراده شود، این معنا و غرض را نمی‌رساند بلکه این معنا، صرفاً با آیه‌ی «فإن طَلقَّهَا فلاتحلّ لَه حتی تَنْکَح زوجاً غیره» قابل تبیین و افاده است، از این‌رو ناچار باید مراد از طلاق سوم، آیه‌ی «فإن طلقَّها» باشد نه جمله‌ی «او تسریح باحسان». (همان منبع پیشین؛ علوی قزوینی، ۱۳۷۶، ص۱۲۶)

ثانیاً با بررسی و فهمی دقیق در روایات معصومین (علیه‌السلام)، معلوم می‌گردد که آنان غالباً از آیه‌ی «فامساک بمعروف أوْ تسریح باحسان» به‌عنوان یک ضابطه‌ی کلی استفاده نموده و آن را بر مصادیق مختلفی ـ غیر از طلاق سوم ـ منطبق می‌کرده‌اند. بنابراین تفسیر «تسریح باحسان» به طلاق سوم که در برخی از روایات آمده است، تفسیر حصری نیست که در این‌جا به بعضی از این احادیث اشاره می‌کنیم: (علوی قزوینی، ۱۳۸۰، ص۱۰۷)

۱- «عن الباقر (علیه‌السلام): «المولی یوقِفُ بَعْدَ الاربعة الأشْهُر، فإن شاءَ امساک بمعروف أو تسریح باحسان، فإن عَزَمَ الطلاق فهی واحدة و هو أملکُ برجعتها» (وسائل‌الشیعه، شیخ

حر عاملی، ج۱۵، باب ۱۰، حدیث ۲، ص۵۴۳) امام(علیه‌السلام) در این حدیث به‌منظور تبیین حکم ایلاءکننده از آیه‌ی موردنظر استفاده کرده است و این نشانگر آن است که در نظر ایشان، دادن فدیه و رجوع به همسر مصداق «امساک بمعروف» و طلاق نیز مصداق «تسریح باحسان» است.

۲- العیاشی فی تفسیره، عَنْ أبی‌القاسم الفارسی قال: قلتُ للرضا (علیه‌السلام) جعلتُ فداک أنَّ الله یقول فی کتابه «فامساک بمعروف أوْ تسریح باحسان» و ما یعنی بذلک؟ فقالُ: أما الإمساک بالمعروف فکفّ الأذی و احباء النفقه و اما التسریح باحسان فالطلاق علی ما نَزَلَ به الکتاب (همان، باب۱، حدیث ۱۳، ص۲۲۶) در این حدیث نیز صریحاً «امساک به معروف»، به‌پرهیز شوهر از آزار و اذیت زن و تأمین نفقه و «تسریع باحسان» به طلاق مقرر در شریعت تصریح شده است. احادیث دیگری نیز در این زمینه در وسائل و «من لایحضر الفقیه» آمده است که به دلیل رعایت اختصار از ذکر آن‌ها خودداری می‌کنیم.

بنابراین نتیجه این‌که مستفاد از آیه‌ی شریفه «فامساک بمعروف او تسریح باحسان» یک قاعده‌ی کلی است مبنی بر این‌که در زندگی زناشویی بر شوهر واجب است که در برابر همسرش یکی از دو راه را انتخاب نماید، یا همسرش را به شایستگی نگهداری کند و یا او را به نیکی طلاق داده و رها سازد. ولی آیا صرف مخالفت یک حکم تکلیفی از ناحیه‌ی شوهر (وجوب حسن معاشرت) می‌تواند زمینه را برای طلاق اجباری قاضی فراهم آورد؟ در واقع آیا طلاق در این‌جا نیز مانند طلاق ایلاءکننده و ظهارکننده واجب تخییری می‌باشد یا خیر؟ برای پاسخ به این سؤال و تکمیل آیه‌ی مورد بحث در مانحن فیه گفته شده است که: اولاًدر این‌جا نیز رعایت یکی از دو امر یعنی حسن معاشرت و طلاق، به‌صورت واجب تخییری بر شوهر واجب است - مانند بحث ایلاء و ظهار که رجوع یا طلاق به‌صورت واجب تخییری بر مرد واجب بود - پس هر گاه وی یکی از دو فرد واجب تخییری را ترک کند (یعنی حسن معاشرت را ترک کند)، انجام فرد دیگر (تسریح باحسان یا طلاق) واجب عینی می‌گردد و بر او حتمی و لازم خواهد بود، از سوی دیگر چون به موجب ادله‌ی معتبر فقهی حاکم ولی ممتنع است و در این‌گونه موارد امتناع شوهر از ادای حقوق زن و نیز استنکاف از طلاق نمی‌تواند سکوت کرده و قضیه را هم‌چنان به‌حال خود رها سازد و ناظر اجحاف شوهر بر حقوق زن باشد، باید به‌نحوی قضیه را حل و فصل نموده و به نزاع پایان بخشد؛ از این‌رو حاکم می‌تواند پس از امتناع شوهر از طلاق، خود مستقیماً به این امر مبادرت ورزد و همسر

فرد خاطی را علی‌رغم میل او طلاق دهد، علاوه بر این‌که فقهاء به این مطلب تصریح می‌کنند برخی از روایات که در بحث روایات می‌آید نیز به این مضمون اشاره دارند. ثانیاًمرحوم آیت‌حاج شیخ‌عبدالکریم حائری (رضوان الله علیه) به‌منظور اثبات حق مطالبه‌ی طلاق، برای زنی که شوهرش به سبب اعسار از پرداخت نفقه عاجز شده است، ضمن طرح دو مقدمه، به آیه‌ی «فامسک بمعروف أو تسریح باحسان» استدلال فرموده‌اند. و از آن‌جایی که استدلال مزبور منطبق با مورد بحث ما در مانحن فیه می‌باشد لذا گزیده‌ای از آن سخن را در ذیل می‌آوریم: (علوی قزوینی، ۱۳۷۶، ص۱۲۰۹)

مقدمه‌ی اول: ازدیدگاه علم اصول فقه هر چند خطابات و تکالیف عقلاً مقید به قدرت و توانایی مکلّفین می‌باشد (که در اصطلاح اصولیین گفته می شود: هیئت خطابات و تکالیف فاقد اطلاق نسبت به دو حالت عجز و قدرت است) و استناد به اطلاق هیئت خطابات به‌منظور شمول و تسری حکم نسبت به عاجزین صحیح نیست ولی از سوی دیگر به‌دلیل اطلاق ماده‌ی مطالبات می‌توان عدم اختصاص مصلحت و ملاک احکام را نسبت به حالت قدرت مکلّفین احراز نمود و بدین‌وسیله مفاد خطاب را نسبت به عاجزین نیز سرایت داد.

مقدمه‌ی دوم: از خطاباتی که متضمن احکامی در رابطه با رعایت حال دیگران است مانند آیه‌ی «ولایَغتَب بَعْضکم بعضاً» یعنی هیچ‌یک از شما غیبت دیگری را نکند، صرفاً یک حکم تکلیفی استفاده نمی‌شود بلکه علاوه بر آن، حقی برای شخصی که خطاب برای رعایت حال او صادر شده است، نیز مستفاد می‌گردد، از این‌روست که هر گاه مکلّف خطابات را مخالفت کند توبه به تنهایی نمی‌تواند کیفر را از او دور کند بلکه علاوه بر توبه استرضاء (یعنی طلب رضایت کردن) از فردی که مراعات حال او نشده است نیز لازم است.

وی آن‌گاه با استناد به مقدمه ی اول می‌گوید: هر چند خطاب «امساک بمعروف أو تسریح باحسان» متوجّه فردی است که متمکن از پرداخت نفقه است ولی به‌دلیل اطلاق ماده‌ی خطاب، تکلیف به یکی از دو امر (امساک به‌معروف و تسریح باحسان) به‌صورت واجب تخییری به موسر اختصاصی ندارد و شامل معسر نیز می‌گردد، و چون یکی از دو فرد واجب تخییری (تسریح باحسان = طلاق) در حق معسر متعین خواهد بود و از آن‌جایی که این تکلیف (وجوب تخییری امساک بمعروف یا تسریح باحسان) به‌منظور رعایت حال زوجه صادر شده است، پس به استناد مقدمه‌ی دوم، در این میان حقی نیز برای زوجه ایجاد خواهد شد. یعنی زوجه در صورت تمکّن شوهر از انفاق حق مطالبه‌ی نفقه و در دو فرض

اعسار وی حق درخواست طلاق را خواهد داشت. از این‌رو است که در صورت عجز یا امتناع شوهر از انفاق، زوجه می‌تواند به حاکم مراجعه نموده، تقاضای طلاق نماید و حاکم نیز با احراز شرایط، ابتدا شوهر را به طلاق اجبار کرده و در صورت استنکاف وی به‌عنوان ولی ممتنع قهراً همسر وی را طلاق خواهد داد. وی پس به برخی از روایات وارده در این زمینه استناد کرده و می‌گوید: از روایاتی از قبیل: «مَنْ کانت عنده إمراً علم یکسها ما یواری عورتها و یطعمها ما یُغیمُ صَلْبُها، کانَ حقاً علی‌الإمام أن یُفرَّقِ بَیْنَهُمَا». مستفاد می‌گردد که یکی از حقوق شوهر بر همسرش، حسن معاشرت و حتی امساک بمعروف می‌باشد و از این‌رو هر گاه شوهر این حق زوجه را رعایت نکند بر حاکم لازم است که او را طلاق دهد - یعنی قسمت اخیر روایت فوق متضمّن این حکم است - خواه بدین دلیل که حاکم ولی ممتنع است و یا این‌که به‌موجب حدیث فوق اساساً از ابتدا چنین حقّی برای حاکم منظور شده است.

به‌هر حال از مجموع بیاناتی که گذشت می‌توان از آیه‌ی شریفه‌ی «فإمساک بمعروف أوْ تسریح باحسان» ولایت حاکم بر طلاق را در موردی که شوهر از ادای حقوق همسر استنکاف می‌ورزد و او را در عسر و حرج قرار می‌دهد استنباط نمود (علوی قزوینی، ۱۳۷۶، ص۱۳۰ و ۱۳۱)

ب- روایات

در این قسمت به بحث و بررسی روایاتی می‌پردازیم که می‌توان از آن‌ها برای اثبات نظریه‌ی طلاق قضایی کمک گرفت. این موضوع قابل ذکر است که روایات مذکور هر چند در موارد مختلفی صادر شده‌اند ولی از مجموعه‌ی آن‌ها می‌توان نظریه‌ی فوق را استنباط نمود. به‌طور کلی این روایات در موارد ذیل وارد شده‌اند: (همان، ص۱۳۱)

دسته‌ی اول: احادیث مربوط به استنکاف شوهر از پرداخت نفقه

۱- روایت صحیحه‌ی فضیل بن یسار عَنْ أبی عبدالله (علیه‌السلام) فی قوله تعالی «و مَنْ قدر علیه رزقه فلینفق ممّا اتاه‌الله» قال: اِن أنفْق علیها ما یقیمُ ظهرها مع کسوۀ و إلا فرق بَینْهُما. امام صادق(ع) در ذیل آیه‌ی شریفه «و مَنْ قدر علیه رزقه» فرمودند: اگر کسی خوراک و پوشاک همسرش را به‌نحو شایسته تأمین نکند بین آنان جدایی افکنده می‌شود.

(وسائل‌الشیعه، شیخ حر عاملی، ج۱۵، باب ۱، ابواب النفقات، حدیث ۱)

۲- روایت ابن ابی‌عمیر: «عن ابی عبدالله (علیه‌السلام) قال: إذا کساها ما یواری عورتها و یَطْمهاما تعمیم صَلْبها اقامت معه و إلاّ طلعتّها...» امام‌صادق(علیه‌السلام) یقول: مَنْ کان عنده امرأةٌ فَلَمْ یکسها ما یواری عورتها و یطعمهما ما تعیم صَلْبها کانَ حتماً علی‌الإمام أن یفْرق بینهما. امام باقر(علیه‌السلام) فرمود: هر کسی که زوجه‌اش را خوراک و پوشاک ندهد امام، حق دارد بین آن‌ها جدایی بیافکند. (همان، حدیث ۲)

از احادیث بالا به خوبی روشن می‌شود که هر گاه شوهر از پرداخت نفقه همسرش امتناع ورزد (اعم از این‌که این امتناع ناشی از تقصیر و یا عجز وی‌باشد) حاکم شرع می‌تواند جهت احقاق حقوق زن، علی‌رغم اراده مرد، زن را طلاق دهد.

دسته‌ی دوم

روایاتی که در مورد ایلاء و ظهار وارد شده‌اند و در آن‌ها ضمن بیان حکم آن دو مبنی بر اختیار شوهر بین کفاره و طلاق (طلاق واجب به‌صورت تخییری) تعبیراتی این چنین آمده است:

۱- روایت صحیحه‌ی حلبی از امام صادق(ع): فإذا فاءِ و هو أن یصالح اهله فإنَّ الله غفورُ رحیم و إنْ یف اجبر علی الطلاق (وسائل‌الشیعه، شیخ حر عاملی، ج۱۵، باب ۸، ابواب ایلاء، حدیث ۱)

۲- حدیث عثمان بن عیسی عَنْ ابی‌الحسن (ع): إنّه سألهُ الرجل آلی من امراته متی یفرقِّ بینهما؟ قال: إذا رَضَت أرْبَعَةَ أشْهُر و وَقَفَ، قُلْت له: من یوقفه: قال الإمام، قلتُ: فان لم یوقفه عشر سنین؟ قال هی امراته (همان، حدیث ۴)

۳- حدیثی که در آن آمده است متی أمره امام‌المسلمین بالطلاق فامتنع ضربت عنقه لامتناعه علی امام‌المسلمین (همان، باب۱۱، حدیث۴)

۴- محمدبن‌علی‌بن‌الحسین قال: روی انّه ان غاء و هو أن یراجع إلی الجماع و إلا حسبی فی خطیرة من فقب شدّد علیه فی المأکل و المشرب حتی یطلّق (همان، حدیث ۵)

۵- حدیث ابی‌الصباح اکنانی از امام صادق (ع): ینبقی للإمام إن یجبره علی أن یفیء أو یطلق فان فاء فانّ الله غفورٌ رحیم و اِن عزم الطلاق فانّ الله سمیع العلیم (همان، ج ۱۵، باب۹، ابواب ایلاء، حدیث ۳)

۶- حدیث سماعة: «و إن لم یف بعد أربعه أشهر حتی صالح اهله او یطلّق جبر علی ذلک و لایقع طلاق فیما بینهما حتی یوقفُ و إن کانَ بعد الأربعه اشهر فان أی فرّق بینهما الإمـام. (همان، حدیث ۴)

۷- روایت ابی‌بصیر از امام‌صادق (ع) قال: «و إنْ لم یَفْ أجبر علی أن یطلّق و لایقع فیمـا بینهما و لو کان بعد أربعهٔ أشهر مالم ترفعه إلی الإمام» (همان، حدیث ۱)

از احادیث یاد شده و از بحث مبسوطی که در دو گفتار قبلی انجام دادیـم، اسـتفاده می‌شود که حاکم می‌تواند در صورت امتناع مولی از طلاق، زوجه‌ی او را طلاق دهد. این معنی از دو فقره‌ی «و إن أبی غرق بَیْنَهُمـا» و «متـی یغـرّق بَیْنَهُمـا» بـه‌وضـوح قابـل استفاده است. با دقّت در مضامین این احادیث روشن می‌شـود کـه هـدف اساسـی امـام (علیه‌السلام) از بیان این قبیل احکام و ضمانت‌های اجرایی شـدید و اسـتثنایی (طـلاق اجباری حاکم) در موارد تخلف شوهر از ادای حقوق واجب زن، حمایت و پشتیبانی اکید از قاعده‌ی کلی و اصل اساسی حاکم بر روابـط زوجـین (اصـل لـزوم حسـن معاشـرت و امساک بمعروف) می‌باشد، تا از این رهگذر مصالح خـانواده و اجتمـاع تـأمین گـردد. از این‌رو حکم مندرج در روایات فوق (طلاق واجب به‌دست حاکم) منحصر به مورد آن‌هـا، یعنی ایلاء نبوده و به هر موردی که اصل مزبور (امساک بمعروف) بـه نـاروا از ناحیـه‌ی شوهر دچار شود، تسرّی خواهد یافت و این‌که چرا روایاتی مبتنی بـر مصـادیق دیگـر و موارد دیگر که امروزه مصادق عسر و حرج برای زوجه اسـت کـم‌تـر وجـود دارد توجیـه خوبی برای رد کردن استدلال فوق نیست زیرا اولاً دلیلی ندارد که شـارع مقـدس تمـام احکام را مورد به مورد بیان نماید و هر مصداق را توضیح دهد شارع مقدس تنهـا حکـم کلی را که همان »امساک بمعروف» است بیان می‌کند و ایـن‌کـه مـوارد آن چیسـت را به‌عرف و عقلاء ناس می‌سپارد، ثانیاً اینکه روایات همه‌ی مصـادیق و مـوارد را مشـخص نکرده است و برخی را ذکر کرده‌اند نشانه‌ی حصر این موارد و محدود کـردن آن‌هـا بـه مورد روایات وارده نیست (بحوث‌الفقیه، بحرالعلوم، عزّالدین، ص۱۹۵) روایات مربوط بـه ظهار به‌دلیل مشابهت با حکم ایلاء و هم‌چنین اختصار در بیان ذکر نمی‌کنیم.

دسته‌ی سوم

روایاتی که متضمن حکم موردی است که مرد بیش‌تر از چهار ماه روابط جنسی خـود را

با همسرش را ترک کرده است، به‌موجب این احادیث، زن می‌تواند به دادگاه شکایت بـرده و الزام شوهر خود را به رعایت حقوق قانونی خود یا طلاق درخواست نماید.

«إذا غاضَبَ الرجل امرأته فلم یتعربها من غیر یمین أربعه أشهر، أستعدت علیـه، فامـا أن یغماء و امّا أن یطلق فان ترکها من غیر مُغاضبهٔ أوْ یمین فلیس بمولی» یعنی هر گاه مـردی بر همسرش خشمناک گردد و بدون این‌که، بر ترک نزدیکی با او قسم یاد کند چهار مـاه بـا وی نزدیکی نکند، همسر وی می‌تواند علیه او شکایت کرده و شوهر نیـز بایـد یـا بـه سـوی همسرش بازگردد و یا او را طلاق دهد. ولی چنان‌که شوهر بدون قسم یـا خشـمناکی روابـط جنسی خود را با همسرش قطع کند در حکم مـولی نیسـت (الـوافی، فیضـی کاشـانی، ج۳، ص۱۱۶)

به‌موجب حدیث فوق هر گاه شوهر در اثر خشمناکی بر همسر و بدون قسـم خـوردن بـر ترک نزدیکی، روابط جنسی خود را با او به‌مدت چهار ماه یا بـیش‌تـر تـرک کنـد، در حکـم مولی خواهد بود با این تفاوت که پرداخت کفاره بر وی واجب نیست.

حال در این فرض (که روابط جنسی بدون مغاضیت ترک شود) آیا زوجـه مـی‌توانـد بـه محکمه مراجعه کرده و دادخواهی نماید؟ یا هم‌چنان باید بر ظلم شوهر صبر کند؟ تردیـدی نیست که دادخواهی حق هر انسان مظلومی است، بنابراین بر فـرض اقامـه‌ی دعـوا از سـوی زوجه قاضی در قبال این قضیه چه راه‌حلی بایـد انتخـاب نمایـد؟ بـدیهی اسـت کـه صـرف نصیحت و موعظه حاکم نمی‌تواند راه‌حل مناسبی باشد، به‌ویژه در مواردی که شوهر خطاکار بنای نافرمانی و تمردّ داشته و امکان حسبی و تضییق وی نیز منتفـی باشـد؛ پـس چـاره‌ای نیست جزء این‌که در مورد اخیـر هـم هماننـد صـورت اول (تـرک روابـط جنسـی ناشـی از مغاصبت) حاکم به‌موجب ولایتی که بر حل و فصل خصومت‌هـا و پایـان دادن بـه منازعـات دارد و به حکم طلاق واجب، او را به یکی از دو امر، یعنی بازگشت به سوی همسر و یا طلاق اجبار نماید. البته ممکن است این نیز گفته شود که خشمناکی (مغاضیت) متوقف بـر اظهـار آن از ناحیه‌ی شوهر نیست بلکه صرف ترک روابط جنسی از ناحیه‌ی شوهر با تمایـل زوجـه بدان، خود مصداق مغاضبت نسبت به زن محسوب می‌شود (علوی قزوینـی، ۱۳۷۶، ص۱۳۴ و ۱۳۵)

دسته‌ی چهارم و شبهه‌ی وارده در غالب این دسته از روایات و پاسخ آن شبهه

ممکن است گفته شود، با توجّه به روایاتی که در مورد غایب مفقودالأثر وارد شده اسـت،

طلاق اجباری حاکم جزء در موارد منصوص (مانند تـرک انفـاق، ایـلاء، ظهـار، تـرک روابـط جنسی پیش از چهار ماه) وجاهت شـرعی نـدارد، زیـرا در ایـن احادیـث از طـلاق واجـب و اجباری حاکم تا هنگامی که نفقه‌ی همسر غائب مفقودالأثر از امـوال او یـا مـال ولـی غایـب پرداخت می‌گردد منع شده است و زن نیز به صبر و شـکیبایی توصـیه شـده اسـت (همـان، ص۱۳۵)

روایات غائب مفقودالأثر از این قرار است:

۱- صیحهُالحلبی عن ابی‌عبدالله (علیه‌السلام) عن المفقود قال (علیه‌السلام): «المفقود إذا مضی له أربع سنین بعث الوالی أو یکتب إلی الناحیه التی هو غائب فیها فان لم‌یجد لـه أثـرا أمر الوای ولید أن یَنْفَق علیهما فما أنفق علیها فهی امرأته قلتُ فأنهـا تقـول: فـانی أریـد مـا تریده النساء قال: لسیی لها ذلک و لاکرامهٔ، فـإنْ لـم‌ینفـق علیهـا ولیـه أوْ وکیلـه أمـره بـأنَّ یُطلقّها» (وسائل‌الشیعه، حـر عـاملی، ج ۲۲، بـاب حکـم طـلاق زوجـه المفقـود، حـدیث ۴، ص۱۵۸)

۲- حدیث أبی الصباح عَنْ أبی عبدالله (علیه‌السلام) عن المفقود، قال (علیه‌السلام): «فـی امرأهُ غابَ عَنْها زوجها أربع سنین و لم یَنْفَقُ عَلَیْها و لم قدر أحی هو أم میت أیجبُر ولیّـهُ أن یُطلقّها؟ قال: نعم و أن لم یکن لها ولی یطلّقها سلطان. قلت: فان قال: الوالی أنـا أنفـق علیهـا قال: فلایجبر علی طافها، قلتُ: أرأیتُ اِن قالت: أنا أرید ما ترید النساءِ و لاأصبر و لاأقعـد کمـا أنا؟ قال لسیی لها ذلک و لاکرامهٔ اذا أنفق علیها». (همان، حدیث ۵)

۳- روایت برید بن معاویه عَنْ ابـی عبـدالله (علـیهم‌السـلام) «أن المفقـود کیـف یَصْـنَعُ بأمرأته... دعاولی الزوج المفقود، فقیل له هل للمفقودِ مال؟ فإن کان للمفقود مال أنفق علیهـا حتی یَعْلَم حیوته من موته، و أن لم یکن له مال قیل للولی أنفق علیها، فـإن فَعَـلَ فلابسـیل لها أن تتزوج مَا أنت علیها» (همان، حدیث ۱، ص۱۵۷)

پاسخ به شبهه‌ی وارده: اولاً اخبار مذکور تنها در موردی است که شوهر بـه‌طـور طبیعـی در اثر مسافرت و یا عوامل طبیعی و قهری دیگر غائب مفقودالاثر شده است و خبری از او در دسترس نباشد، از این‌رو حکم این احادیث به مواردی کـه شـوهر بنـا را بـر اضـرار و اذیّـت، همسر خود گذاشته و برای این او را ترک کرده است و حقوق واجب او را پایمال کرده اسـت قابل تسرّی نیست و در این‌گونه موارد حکم روایاتی که قـبلاً بیـان کـردیم (طـلاق واجـب)

حاکم است، ثانیاً ممکن است گفته شود هر چند اجبار بر طـلاق از حقـوق زوجـه محسـوب نمی‌شود ولی این امر از حقوق حاکم به‌شمار می‌رود، چرا که وی مسئول حفظ نظم و انتظام جامعه است به‌عبارت دیگر این مسئله یعنی طلاق واجب توسـط حـاکم از حقـوق جامعـه‌ی بشری است که در اختیار حاکم قرار داده شده است (بحوث الفقهیـه، بحرالعلـوم، العزالـدین، ص۱۹۸) ثالثاً: بر فرض چشم‌پوشی از دو پاسخ قبل ـ به قول فقهـاء بگـوییم سـلّمنا ـ راهـی جزء کنار نهادن روایات مربوط به ایلاء، ظهار، ترک انفاق و ... میزان اهتمام شارع بـه رعایـت حقوق زوجین و نیز عدم تسامح و اغماض او نسبت به زیر پا نهـادن حقـوق واجـب طـرفین، به‌خوبی روشن و آشکار می‌گردد تا جائی که در برخی از این روایات آمده است: «فإما یفـیء او یطلق فان فعل و إلاّ ضَرَبَ عنقه»؛ متی أمره امام‌المسلمین بـالطلاق فـامتنع ضـرب عنقـه لإمتناعه علی امام‌المسلمین (وسائل‌الشیعه، شیخ حـر عـاملی، ج۱۵، بـاب ۱۱، ابـواب ایـلاء، حدیث ۵) بنابراین با استناد به آیه‌ها و روایت‌های سابق به حاکم شـرع کـه حـافظ منـافع و مصالح اجتماع و حقوق افراد و نیز مسئول حفظ نظم و انتظام جامعه می‌باشد، لازم است که هر گاه شوهری حقوق همسرش را أدا نکند (اعم از تقسـیر یـا عجـز) ابتـدا او را بـه رعایـت حقوق الزام و بر فرض امتناع زن را طلاق دهد (بحوث‌الفقهیه، بحرالعلوم، عزالدّین، ص۱۹۸) حتّی در مورد غائب مفقودالأثر نیز می‌توان همگام با برخی از فقهاء، بر این عقیده بود که پـس از گذشت زمان تعیین شده (چهار سال) از سوی محکمه، قاضی مـی‌توانـد بـه درخواسـت زن، او را طلاق دهد، هر چند ولی یا وکیل غائب مفقودالأثر متکفـل پرداخـت نفقـه‌ی او شـوند (ملحقـات عروه‌الوثقی یزدی، ج۲، ص۷۵). چرا که عدم جواز طلاق حاکم در صورت پرداخت نفقه مربوط به زمانی است که از سوی حاکم ضرب‌الأجل تعیین نشده باشد ولی پـس از گذشـت مهلـت تعیـین شده یا در اثناء مدت زوجه می‌تواند تقاضای طلاق کند (همان، ص۷۳)

ج- قواعد فقهی

پس از خاتمه‌ی بحث پیرامون ادله اولیه طلاق حاکم - طلاق واجب یـا اجبـاری توسـط حاکم-، در این بخش به بررسی امکان استناد به قواعد ثانوی فقهی (مانند قاعده‌ی لاضـرر و لاحرج برای اثبات این موضوع خواهیم پرداخت؛ همـان‌طـور کـه در گفتـار قبـل راجـع بـه قاعده‌ی لاحرج بحث‌های کلی انجام دادیم و در آن‌جا حاکم بـودن ایـن قاعـده را بـر احکـام اولیه توضیح دادیم. در این‌جا به بضاعت بحث وارد مـی‌شـویم تـا کـاربرد قاعـده‌ی لاضـرر و

لاحرج را در بحث طلاق قضایی به‌صورت کامل نهی نموده و درباره‌ی آن صحبت کنیم. (علوی قزوینی، ۱۳۷۶، ص۱۳۷)

قاعده‌ی لاضرر

از جمله دلایلی که برای اثبات نظریه‌ی «طلاق واجب» به‌دست حاکم یا «طلاق اجباری حاکم» بدان استناد شده است قاعده‌ی نفی ضرر (لاضرر) و قاعده‌ی لاحرج می‌باشد، در مورد طلاق در شرایط عسر و حرج برای زوجه می‌توان گفت که به‌طور کلی از این قاعده برای یک از دو هدف زیر استفاده شده است:

۱- اثبات حق فسخ برای زوجه، در صورت نشوز زوج و عدم امکان الزام وی به رعایت حقوق.

۲- اثبات حق طلاق برای حاکم، در فرض فوق.

۱- اثبات حق فسخ

ممکن است که این موضوع بیان شود که حکم شارع مقدس به استمرار زوجیت و لزوم عقد نکاح، حتی در موردی که شوهر ظالمانه از ادای حقوق زن امتناع می‌ورزد و راهی نیز جهت الزام وی به مقررات قانونی نیست، منشأ ورود ضرر غیرقابل تحملی برای زن خواهد بود به‌دلیل قاعده‌ی نفی ضرر این حکم ـ یعنی لزوم نکاح ـ برداشته شده و در نتیجه حق فسخ برای زوجه ثابت خواهد شد، چنانکه در خیار غبن نیز گفته‌اند، قاعده‌ی لاضرر لزوم بیع را نفی کرده است، و در نتیجه برای مغبون خیار فسخ ثابت می‌گردد (بحوث‌الفقیه، بحرالعلوم، عزّالدین، ص۲۰۵) استدلال فوق از سوی برخی از فقهاء مورد انتقاد قرار گرفته است چرا که به نظر ایشان قاعده‌ی لاضرر صرفاً احکامی را نفی می‌کنند که سبب مستقیم ورود اضرار باشد ـ در اصطلاح می‌گویند ضرر مستقیم تولید حکم شرعی باشند ـ و چون در ما نحن فیه ـ نشوز زوج ـ ضرری که بر زوجه تحمیل می‌گردد مستقیماً ناشی از حکم شارع مقدس با لزوم عقد نکاح نیست، بلکه در واقع این ضرر ناشی از اختیار شوهر است، بنابراین قاعده‌ی مزبور در این مورد جاری نخواهد شد (خوانساری، ۱۴۱۸ ه.ق، ج۲، ص۱۰۲؛ سیستانی، ۱۳۸۹، ص۳۰۲)

باید این نکته مدنظر باشد که پاسخ فوق بر پایه‌ی نظریه‌ی کسانی قابل پذیرش است که حدیث لاضرر را به‌نفی احکام ضرری در حوزه‌ی شریعت تفسیر کرده‌اند، مطابق عقیده‌ی این

گروه هر گاه احکام و قوانین کلی که از سوی شارع وضع شده است در شرایط خاصی سبب ورود ضرر بر فرد یا افراد می‌شود به‌وسیله‌ی قاعده‌ی نفی ضرر دفع خواهد شد مثلاً قاعده‌ی لاضرر وجوب غسل و وضوی ضرری را دفع می‌کند.

ولی چنانچه قاعده‌ی لاضرر را به نفی هر گونه تسبیب شارع به ورود ضرر تفسیر کنیم، نظر فوق پسندیده نخواهد بود، زیرا هر چند که سبب مستقیم ورود ضرر بر زوجه در فرض مسأله سوءاختیار شوهر است ولی از سوی دیگر، حکم شارع به استمرار زوجیت و لزوم نکاح نیز خود نوعی تسبیب از ناحیه‌ی شارع مقدس به ورود ضرر محسوب می‌گردد؛ از این رو می‌توان با استناد به قاعده‌ی لاضرر این حکم - لزوم نکاح - را منتفی ساخت (علوی قزوینی، ۱۳۷۶، ص۱۳۹)

در نتیجه هر چند که استدلال فوق و استناد به قاعده لاضرر برای اثبات حق فسخ برای زوجه، استدلالی تمام و کامل است و موجه می‌نماید ولی نتیجه‌ای که حاصل از این استدلال است - یعنی حق فسخ زوجه با توجّه به قاعده‌ی لاضرر و استدلالی که در بالا انجام دادیم - در مقابل روایاتی که انحلال نکاح دائم را تنها و مطلقاً از طریق طلاق ممکن دانسته‌اند - البته به غیر از موارد مجاز فسخ - ضعیف می‌نماید، در نتیجه امکان حق فسخ نکاح برای زوجه در فرض نشوز زوج از نظر فقهی پذیرفته نیست (همان، ص۱۳۹)

۲- اثبات حق طلاق برای حاکم

برای اثبات این مورد گفته‌اند: از روایاتی که طلاق را از حقوق و اختیارات مردان قرار داده است، فهمیده می‌شود که شوهر بر طلاق و عدم آن مسلط است و از جایی که سلطنت زوج بر عدم طلاق در فرض مسئله (نشوز زوج) منشاء ورود ضرر بر زوجه است. بنابراین با قاعده‌ی نفی ضرر، این حکم - سلطنت شوهر بر عدم طلاق - منتفی می‌گردد، و در نتیجه اجرای طلاق برای شوهر واجب می‌گردد و در صورت امتناع وی از انجام این امر، حاکم به‌عنوان ولی ممتنع، طلاق را رأساً جاری می‌سازد (بحوث‌الفقیه، بحرالعلوم، ص۲۰۸) در پاسخ از استدلال فوق افزون بر اعتراضی که گذشت - مبنی بر این‌که ورود ضرر بر زوجه ناشی از سوء اختیار شوهر است نه تسلط وی بر عدم طلاق - گفته شده است: از دلایل یاد شده چنین برمی‌آید که شارع صرفاً تنها طلاق را از حقوق و اختیارات مرد قرار داده است و فقط حکم مزبور از مجعولات شارع می‌باشد ولی سلطنت مرد بر عدم طلاق از احکام وضع شده از سوی شارع نیست، بنابراین نمی‌توان به‌وسیله‌ی قاعده‌ی نفی ضرر آن را از بین برد -

همان بحثی که در گفتار پیش راجع به قائلین عدم استفاده قاعده لاضرر در احکام عدمی انجام دادیم - (همان) لذا با عنایت به نکته‌ی فوق نوع استدلال به قاعده‌ی لاضرر به‌منظور اثبات حق طلاق برای حاکم در آخر به این مورد برمی‌خورد: هر گاه عدم جعل حکمی از سوی شارع، منشاء ورود ضرر بر فرد یا افراد می‌گردد، به کمک قاعده‌ی مزبور می‌توان حکمی را اثبات کرد که دفع ضرر نماید یا به‌عبارت دیگر در چنین مواردی این قاعده کاشف از یک حکم اثباتی شرعی می‌باشد. در مورد مانحن‌فیه از جایی عدم جعل حق طلاق به‌دست غیر شوهر - در این‌جا حاکم - سبب ورود ضرر بر زوجه است، لذا می‌توان با استناد به قاعده‌ی مزبور، برای رفع این ضرر عدمی، حق طلاق را برای غیر شوهر - حاکم - نیز اثبات کرد (سیستانی، ۱۳۸۹، ص۳۰۲؛ بحوث‌الفقیه، بحرالعلوم، ص۲۰۸)

ظاهر امر این است که استدلال فوق اساس نظریه‌ی کسانی می‌باشد که به‌منظور اثبات حق طلاق برای حاکم در فرض غیبت شوهر و یا حق فسخ نکاح برای زوجه در مواردی از قبیل اعسار متأخر شوهر و ...، به قاعده‌ی نفی ضرر و نفی حرج استناد نموده‌اند، از جمله مرحوم سیدمحمدکاظم یزدی(رضوان الله علیه) صاحب کتاب عروه‌الوثقی، ایشان در بحث طلاق همسر غایب مفقودالأثر آورده‌اند: «و یمکن أن یُقال بجوازه لقاعدةِ نفی الحرج و الضرر خصوصاً إذا کانت شابةً و استلزم صبرها طول عمرها و قوعها فی مشقةالشدیدة» (یزدی، ج۲، ص۷۵). هم‌چنین علامه‌ی حلی (رضوان الله علیه) در مختلف الشیعه: پس از انکار شرط دانستن تمکّن مالی زوج در صحت عقد نکاح، به منظور اثبات حق فسخ برای زوجه در موردی که شوهر فقیر است می‌فرماید: «نعم اثباتا لها الخیار دفعاً لضرر عنها و دفعاً للمشقة الحقة بها سبب احتیاجها مع فقره إلی مؤونه یعجز عنها و لایمکن‌ها التزویج بغیره فلو لَم یَجْعَل لها الخیار کان ذلک من أعظم ضرر علیها و هو منفی اجماعاً» (علامه‌ی حلی، ۱۳۷۴، کتاب النکاح، ص۵۷۶)؛ ایشان در مسئله‌ی اعسار متأخر زوج، پس از نقل قول مشهور فقهاء مبنی بر عدم خیار فسخ برای زوجه گوید: «قال ابن‌جُنید بالخیار لروایة عن‌الصادق و لإشتماله علی الضرر إذا لایمکنها الإنفاق فلو لم یَجْعَل لها الخیار لزم الحرج المنفی بالإجماع.» (همان، ص۵۸۲)

البته این استدلات نیز به دور از ایراد و مناقشه نمانده است، چرا که همان‌طور که گفتیم به عقیده‌ی گروهی از فقهاء قاعده‌ی لاضرر، همواره نافی احکام ضرری بوده و فاقد صلاحیت اثبات حکم می‌باشد ـ به اصطلاح قاعده‌ی لاضرر مشرّع نیست ـ لذا با قاعده‌ی لاضرر

نمی‌توان حق طلاق را برای حاکم تشریع و وضع نمود (خوانساری، ۱۴۱۸ ه.ق، ج۲، ص ۱۰۰) ولی برای اثبات این منظور می‌توان از فقره‌ی لاضررکمک گرفت چرا که به‌عقیده‌ی برخی از فقهاء، غرض اصلی شارع از بیان حرمت اضرار به غیر آن است که این عمل در خارج به هیچ‌وجه تحقق نیابد و لذا شارع مقدس برای رسیدن به این مقصود می‌تواند از هر گونه ابزار و وسایلی از قبیل جعل حرمت اضرار، عذاب اخروی، ضمانت اجرای دنیوی ـ ضمانت اجرای مدنی و کیفری ـ و ... بهره بگیرد، و در صورت عدم تأثیر تدابیر یاد شده، می‌تواند عکس‌العمل‌های شدیدتری از قبیل، از بین بردن وسایل و آلات اضرار، مانند احراق مسجد ضرار و ... استفاده نماید.

و در مورد مانحن فیه نیز به‌همین روال است، یعنی هر گاه شوهر از انجام وظایف خود امتناع ورزد و الزام وی نیز به این امر ممکن نباشد تنها راه ممکن برای قلع ماده‌ی اضرار، دخالت حاکم و از بین بردن سبب و منشأ و ضرر می‌باشد که این امر جزء با وجوب طلاق و سپردن آن در نهایت امر به‌دست حاکم امکان‌پذیر نیست، از این رو طلاق حاکم و وجوب طلاق توسط او در این مورد همانند احراق مسجد ضرار توسط رسول خدا (صلی‌الله علیه‌وآله‌وسلم) است که از موارد و شئون ولایت حاکم به‌شمار می‌رود (سیستانی، ۱۳۸۹، ص۱۳۴ و ۱۵۰؛ بحوث‌الفقیه، بحرالعلوم، ص۲۱۰؛ علوی قزوینی، ۱۳۷۶، ص۱۴۰)

بررسی فتاوای فقهاء در مورد حکم طلاق واجب به‌دست حاکم (طلاق قضایی)

در مورد طلاق قضایی در بین فقهاء شاید به‌صورت یک بحث مستقل و مجزا در کتاب الطلاق‌هایشان نتوان پیدا کرد، لکن از لابه‌لای بحث‌هایی که در مورد عسر و حرج زوجه و نوع برخورد با آن انجام داده‌اند می‌توان آراء و فتاوای آن‌ها را پیدا کرد. از اولین کسانی که معتقد به طلاق قضایی هستند می‌توان از فقهایی هم‌چون، شیخ مفید ، سلار ، ابی‌الصلاح حلبی، و از متأخرین میرزای قمی و از معاصرین نیز شیخ حسین حلی، آیت‌العظمی خویی و امام‌خمینی (رضوان الله علیهم اجمعین) را نام برد. در فحص بین آثار این فقهاء باید گفت: کامل‌ترین اثر در مورد بحث ما را مرحوم شیخ حسین حلی(رضوان الله علیه) با عنوان حقوق الزوجیه و آثارها الوضعی نگاشته‌اند، که مرحوم بحرالعلوم(رضوان الله علیه) در بحوث‌الفقیه این گفتارها را به رشته‌ی تحریر درآورده‌اند (علایی رحمانی، ۱۳۸۴، ص۴۹) بنا بر آنچه در این تحقیق آمد، تخلف شوهر از ادای وظایف زوجیّت (اعم از

انفاق، نزدیکی، و حسن معاشرت) چه ناشی از تقصیر شوهر و چه بدون تقصیر باشد، در صورتی که زندگی زناشویی و بقای نکاح را دشوار کند، به زن حق می‌دهد که برای طلاق به حاکم شرع رجوع کند و حاکم شرع شوهر را مجبور به طلاق می‌نماید و اگر شوهر از آن خودداری نماید، حاکم به‌عنوان ولی‌ممتنع، زن را طلاق می‌دهد (بحوث‌الفقیه، بحرالعلوم، ص۱۷۵) مرحوم شیخ حسین حلی(رضوان الله علیه) علاوه بر استدلال به برخی از روایات به آیه‌های زیر استدلال می‌نماید:

۱- «الطّلاقُ مرّتان فإمساک بعروف أوْ تسریح باحسان» (بقره/۲۲۹)

۲- «و إذا طلقتم النساء فَبَلَغْنَ أجَلَهُنَّ فأمسکوهُنَّ بمعروف أوْ سرّحُوهُنَّ بمَعروفٍ و لاتمسکوهُنَّ ضراراً لتعدوا و مَنْ يَفْعَلْ ذلِک فَقَد ظَلَمَ نَفْسَهُ» (بقره/ ۲۳۲)

۳- «فإذا بَلَغْنَ أجَلَهُنَّ فَأمسکوهُنَّ بمعروفٍ أوْ فارقُوهُنَّ بَمعروفٍ» (طلاق/۲)

از این آیات چنین برمی‌آید که شوهر باید نسبت به زن یکی از دو روش را پیش گیرد: یا حقوق او را به‌طور کامل ادا کند و وظایف خود را چنان که باید انجام دهد (امساک به معروف) و یا او را به‌خوبی و بر طبق مقررات شرع طلاق دهد (تسریح باحسان). (همان‌طور که بحثش به‌صورت کامل در بخش قبلی توضیح داده شد، این‌جا آراء و فتاوای فقهاء را بیان می‌کنیم و می‌گذریم) او در ادامه نتیجه می‌گیرد که در جایی که مرد نه به وظایف زناشویی عمل می‌کند و نه طلاق می‌دهد باید زوج را فراخوانده و نخست او را به طلاق مکلّف کنند و اگر مرد از طلاق خودداری کرد، حاکم خود مبادرت به طلاق دهد، و به درخواست زن و به ولایت از شوهر، زن را طلاق دهد تا زن با انتخاب شوهر دیگری خوشبختی خود را بازیابد و راه سومی وجود ندارد (بحوث‌الفقیه، بحرالعلوم، ص۱۸۶)

مرحوم میرزا قمی(رضوان الله علیه) در جامع‌الشتّات این مسئله را در قالب یک پرسش و پاسخ روشن‌تر کرده‌اند و چنین آورده‌اند: «پرسش: هر گاه زید با زوجه‌اش بنای ناسازگاری گذاشته، و پیوسته او را اذیّت کند، بلکه این امر به‌زخم زدن و شکستن منتهی شده، با آن‌که زوجه‌ی مسطوره در مراعات حقوق زوج دقیقه‌ای فروگذاری نکرده و زوج در حضور جمعی تصریح کرده که این زوجه برای من مصرفی ندارد و مطلقاً به او علاقه ندارم و معذلک او را طلاق نمی‌دهم؛ هر گاه تعیین حاصل شود که با بقای زوجیّت بین آن‌ها ردع زوج از آن فعل منکر نمی‌شود و ... آیا حاکم شرع یا عدول مؤمنین می‌توانند او را اجبار به طلاق نموده یا خیر؟» در جواب ایشان چنین فتوا می‌دهند: «شکی نیست در این‌که زوج را حقوقی چند بر

زوجه است که در تخلّف از آن‌ها، زوجه ناشزه است. هم‌چنین زوجه را بر زوج حقـوقی اسـت که در تخلف آن زوج ناشز است. و حقوق زوجه بر زوج این اسـت کـه نفقـه و کسـوه‌ی او را موافق شریعت مقدسه بدهد و با او بدون وجه شرعی کج‌خلقـی نکنـد. پـس هـر گـاه زوج از حقوق زوجه تخلّف کرد و مطالبه‌ی زوج نفعی نکرد، به حـاکم شـرع رجـود کـرده و بعـد از ثبوت در نزد حاکم، شوهر را الزاماً اجبار می‌کند بر وفای به عهد یا بر طلاق دادن زوجه، هـر گاه برای حاکم علم حاصل شود که این زوج سلوک به معروف نمی‌کنـد و وفـای بـه حقـوق زوجه نمی‌کند، او را اجبار به طلاق می‌کند، و ایـن اجبـار منـافی بـا صـحت طـلاق نیسـت (جامع‌الشتّات، میرزای قمی، ج۵، ص۱۵۰)

مرحوم آیت‌الله العظمی خویی(رضوان الله علیه) نیز مسئله‌ای را آورده است که هـر چنـد در بخشی از آن بر موضوع ترک انفاق تأکید شده، ولی از مجموع آن چنین برمی‌آید که اگـر زوج در غیر مورد نفقه نیز از ایفای وظایف زوجیّت خودداری کند و الزام دادگاه نیـز سـودی نبخشد، حاکم می‌تواند زوجه را طلاق دهد (منهاج‌الصالحین خویی، ج۲، ص۲۸۰، مسـئله‌ی ۱۴۰۶)

درگفتارهای امام‌خمینی(رضوان الله علیه) نیز برای رهـایی زن از وضـعیت نـامطلوب، بـه طلاق قضایی تصریح شده است: «از شئون فقیه است که اگر چنانچه یک مردی با زوجـه‌اش رفتار بدی نماید، او را اولاً نصیحت کند و ثانیاً تأدیب و اگـر دیـد نمـی‌شـود اجـرای طـلاق کند.» (موسوی خمینی، ۱۳۶۱، ج۱۰، ص۸۷)

«فقیه ولایت دارد برای این امر که چنانچه شوهر به فساد می‌کشد، یک زندگی به فسـاد کشیده می‌شود، طلاق دهد، و طلاق گر چه در دست مرد اسـت، لکـن فقیـه در جـایی کـه مصلحت اسلام را دید، مصلحت مسلمین را دید، و در جایی که دیگر نمی‌شود به غیـر ایـن، طلاق می‌دهد. این ولایت فقیه است.» (همان، ج۱۰، ص ۸۸)

«اگر مردی با زوجه‌ی خود بدرفتاری کرد در شریعت اسلام او را منع می‌کنند، اگر قبول نکرد تعزیه می‌کنند، حد می‌زنند، و اگر باز قبول نکرد، مجتهـد طـلاق مـی‌دهـد.» (همـان، ج۱۱، ص ۲۵۵)

بر همین اساس بود که شورای نگهبان در سال ۱۳۶۱، ضمن اظهارنظر درباره‌ی مـواردی از قانون مدنی از امام‌خمینی(رضوان الله علیه)درباره‌ی الزام شوهر به طلاق از سوی حاکم در موارد عسر و حرج استفتاء کرد و ایشان در پاسخ فرمودند: «طریق احتیاط این است که زوج

را با نصیحت وإلاّ با الزام وادار به طلاق کرد، و در صورت میسّر نشدن، بـه اذن حـاکم شـرع، طلاق داده شود؛ و اگر جرأت بود مطلبی دیگر بـود کـه آسـان‌تـر اسـت.» (مهرپـور، ۱۳۷۲، ص۲۴۳ و ۲۴۴)

از سخنان امام‌خمینی(رضوان الله علیه)می‌توان چنین برداشت کرد:

اولاً هر گاه شوهر حقوق واجبه‌ی زن را اداء نکند و اجبار او به ایفا ممکن نباشـد، حـاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌کند، و در صورت خودداری شـوهر از طـلاق، حـاکم زن را رأسـاً طلاق می‌دهد و این طلاق شرعاً صحیح است.

ثانیاً این راه، راهی احتیاط‌آمیز است، و راهی دیگر نیز می‌تواند راه‌حل این مشکل باشـد، هر چند توأم با احتیاط نباشد. ثالثاً در قسمت اخیر پاسخ به «راهی آسـان‌تـر» اشـاره شـده است ولی به‌دلیل جرأت بازگو نشده است؛ راه آسان‌تر کدام است و چـرا گفتـه نشـده اسـت (علایی رحمانی، ۱۳۸۴، ص۵۲)

در مورد علت این امر می‌توان گفت: قـوانین مربـوط بـه زنـان کـه درحـال حاضـر اجـرا می‌شود، صددرصد مطابق با اسلام و حکومت اسلامی و هم‌آهنگ با پیشرفت جوامع امـروزی نیست. امروزه باید موضوعات تحول‌یافته را بر اساس ویژگی‌های درونـی و بیرونـی در طـول زمان پاسخ گفت و با ثابت نگاه داشتن اسـاس و بنیـان محتـوا، صـورت قـوانین را بـا تغییـر موضوع دگرگون ساخت. برای نمونه قانون مدنی امروز ما مطابق با جامعه‌ی سـنتی گذشـته است، در حالی‌که باید مطابق بـا پیشـرفت‌هـا و ارتبـاط حـاکم بـا جامعـه‌ی امـروزی باشـد. امام‌خمینی (رضوان الله علیه)دیدگاه خود را بی‌پرده در برابر متحجّران و جاهلان بیان نکرده است، زیرا نیک می‌دانستند که این مسائل با خواسته‌ها، گرایش‌ها و هوا و هـوس‌هـای آنـان منافات دارد و از این‌رو جلوی اجرای آن را می‌گیرند - مثل فتوای ایشان در مورد شـطرنج و آن عکس‌العمل‌های کذایی که بعد از فتوا نشان داده شد (همان، ص۵۳)

اما مقصود ایشان از راه آسان‌تر چه راهی است؟ آیت‌الله صانعی در پاسخ بـه ایـن سـؤال دو احتمال را ذکر می‌کنند: «یک احتمال این است که مراد ایشان ایـن باشـد کـه طـلاق در ایـن مورد و این‌گونه موارد به‌دست زن باشد؛ یعنی اطـلاق (الطـلاق بیـد مَـنْ أخـذ بالسّـاق) چـون محکوم به قاعده لاحرج است، پس از اختیار مرد بیرون می‌رود و در نتیجه در اختیـار زن قـرار می‌گیرد. ولو این‌که طلاق از طرف مرد است (یعنی مرد زن رها می‌کند)، لکن در موارد حرج و ضرر، زن که در یک طرف قضیه قرار دارد، خود را از قید زندگی با مرد رها مـی‌کنـد و مطلقـه

می‌شود. این‌جا دیگر نوبت به فسخ که خلاف مسیر طبیعی رها شدن زن است هم نمی‌رسد و نوبت به حاکم هم نمی‌رسد زیرا هنوز امتناع، غیبت و تصوری تحقق پیدا نکرده است، در حالی‌که ولایت حاکم بر غائبین، قاصرین و ممتنعین است، نه بر فرد کامل مطیع و شاید آنچه امام (ره) در جواب سؤال راجع به خانواده‌های مفقودالأثرهای جنگ تحمیلی فرموده‌اند که همسران آن‌ها در شرایط خاصی می‌توانند وکیل بگیرند تا آن‌ها را مطلقه کند به‌خاطر همین جهت بوده است. احتمال دیگر آن است که مراد معظم‌له، فسخ نکاح از ناحیه‌ی زن باشد، یعنی همان‌طور که زن در موارد عیوب مرد از جهت «لاضرر و لاضرار» و غیر آن می‌تواند عقد نکاح را فسخ نماید، در این‌جا نیز می‌تواند عقد را فسخ نماید و تمسّک به این قاعده امری رایج است.(آیت‌الله صانعی، ۱۳۷۵، ص۸)

در این میان و در بین فقهای معاصر آیت‌الله صادقی تهرانی(ره) که معروف به اصدار فتاوای شاذ و قرآنی جدید هستند در مورد طلاق و عسر و حرج فتوایی داده‌اند که خالی از لطف نیست، به بررسی فتوای ایشان و مبانی این فتوا بپردازیم. متن فتوا به شرح ذیل است:

۱- هیچ مردی حق ندارد زوجه‌اش را در غیر حالت عسر و حرج به‌صورت یک‌جانبه طلاق دهد، چنان طلاقی، شرعاً حرام و باطل است.

۲- بر هر زن متأهلی که زندگی‌اش در حال عسر است واجب است در صورت به نتیجه نرسیدن میانجی‌گری حکمین؛ و پس از اثبات قطعی اعسارش نزد دو داور عادل، خود را نزد شهود عدلین طلاق دهد.

همان‌طور که از سیاق فتوا پیدا است و با بحث‌هایی که گذشت این فتوا صراحتاً حق طلاق را در حالت عسر و حرج به‌دست زوجه سپرده است و مؤید بحثی است که آیت‌الله صانعی در توضیح کلام حضرت امام (ره) بیان کردند. ایشان در ادامه به ادله‌ی این فتاوی می‌پردازند به این شرح که: قرآن مبین در آیه‌ی مبارکه‌ی «یا ایّها الذین آمنوا اوفوا بالعقود...» (مائده: ۲) وفاء به عقود ایمانی و عقلانی را واجب دانسته و همین یک آیه به‌مقتضای صراحتش، حجّت بالغدی الهی بر وجوب التزام طرفین عقد مشروع عقلائی است. چون صرف عقد مبتنی بر ایمان، خود دلیل کافی بر صحت عقد در حال شیر است و نقض آن بدون دلیل قاطع قرآنی جایز نیست. اگر چه آیات دیگری از قرآن، به تبیین بیش‌تر شرایط صحت عقود پرداخته‌اند. بنابراین عقودی که مبتنی بر سفاهت، فریب یا مفت‌خواری و ... نباشد واجب‌الوفاء است. بلکه بالاتر از آن چون عقود جمع مصدر است. پس «العقود»

تأکید در جمع‌الجمع است که به استناد بر تمامی متون معتبر نحـو عربـی، قطعـاً دلیـل بـر استغراق است و مؤید این موضوع نیز «الِ» جنس است که بر سر کلمه‌ی جمع آمده است و در این هیچ تردیدی نیست. فلذا در امر مبارک «اوفوا بـالعقود» کلمـه‌ی «العقـود» نصـی در عموم و آری از تخصیص است؛ در نتیجه ایفاء به آن لازم است و نقض آن دلیـل مـی‌خواهـد که البته هیچ آیه‌ای از قرآن نیز ناسخ آیه‌ی مذکور نیست. حتـی عقـد باطـل نیـز مخصـصّ «العقود» نیست چون تخصصاً از معنای عقد خارج است. در نهایت اگر گفته شود ـ بر فـرض محال - عقد نکاح مشمول «العقود» نیست! می‌گـوییم: عقـد نکـاح فـرد مسـلم «العقـود» و «عقد» می‌باشد. پس چنین ادعایی، اجتهاد در مقابل نصی بوده و حرام و باطل اسـت. و امـا چون عقد ازدواج و نکاح عقد لازم است، و در ایجاب آن تراضی شرط است، بنـابراین پـس از رضایت طرفین به عقد، التزام به آن نیز طبق آیه‌ی فوق واجـب اسـت و چـون ایقـاع طـلاق بدون موجب شرعی چیزی جز نقض عقد نیست لذا سلب و انفصـال عقـد ازدواج بـه‌صـورت یک‌طرفه جزء در حالت عسر یا حرج حرام است. پس اگـر زوج بخواهـد زوجـه را در حالـت معمولی به‌صورت یک‌جانبه طلاق دهد چنان طلاقی، شرعاً حرام است و واقع نمی‌گردد زیـرا باطل است.

آیه‌ی مبارکه‌ی «ولهُنَّ مثل الذی علیهنَّ بالمعروف» (بقره/۲۲۸) نیز کـه تسـاوی ـ و نـه تشابه - حقوق زوجین را در بردارد ظاهر مسـتقر در اطـلاق و عمـوم اسـت و تنهـا تقییـد و تخصیص آن «و للرجال علیهِنَّ درجةٌ» است که با اِفراد «درجـةٌ» فقـط رجـوع مصـلحانه در عده طلاق رجعی را جایز می‌داند و بس... . اگر چه این «درجه» جنبه‌ی معنوی ندارد، چـون بر مبنای آیاتی قرآنی رجحان حقیقی تنها در بعد تقوا است. البتـه مماثلـث حقـوق زوجـین به‌معنای مشابهت احکام نیست و پاسخ شبهه در تساوی حقوق زوجـین بـا وجـود برخـی از احکام غیرمشابه این است که تساوی سه‌بعد دارد:

۱- برابری مطلق زوجین در حقـوق اخلاقـی، جنسـی، مسـکن، لبـاس، طعـام و کلیـه‌ی نیازهای زناشویی.

۲- ارجحیت ظاهری زوجه در برخی از احکام مانند مهریه و نفقه.

۳- ارجحیت ظاهری زوج در برخی از احکام مانند ارث، خون‌بها و... شـبهه تنهـا در بعـد سوم مطرح است، اما چون حقوق الهی برای زوجین یکسان و ثابت است. در نتیجه، تعامل و تعادل متقابل رجحان ظاهری، در هر دو ارجحیت مذکور، برابری حقوق ایجاد مـی‌کنـد، کـه

در مجموع حقوق هر یک از زوجین به‌اندازه‌ی امکان و نیازش، بدون کم و زیاد در احکام اسلام رعایت شد و تفصیل آن تفسیر الفرقان آمده است. آیه‌ی مبارکه‌ی «و عاشروهُنَّ بالمعروف» (نساء/۱۹) هم که بیانگر وجوب معاشرت به معروف با زوجه پس از مشاهده رفتاری بسیار بد از سوی وی است و ضمناً وجوب معاشرت به معروف با او را در عده‌ی طلاق رجعی هم در بر دارد به طریق اولویت قطعیه، چنین معاشرتی را در زندگی عادی زناشویی اوجب می‌داند؛ در این صورت آیا می‌توان برخورد ظالمانه «ایجاد تشنج روحی و جسمی در زوجه به هنگام اعلام تصمیم زوج به طلاق یک‌جانبه وی در حال شیر» را که همان معاشرت به منکر است حکمی دینی دانست!؟

پاسخ روشن است، بنابراین پس از تدبّر در قرآن، مجوّز مطلق طلاق زوجه برای زوج فاقد اعتبار شرعی است و اصدار بر این فتوای مشهور، مع‌الأسف ملازم است با این‌که گفته شود: بخشی از معنای برخورد نیکو و رفتار شایسته و شناخته شده در عرف اسلامی با زوجه این است که هر مردی مجاز است با عنوان حکم منتسب به دین با تصمیم یک‌جانبه بر اجزای طلاق در حال شیر همسرش را مضطرب کند و تا هنگام طلاق وی را در بدترین شرایط روحی قرار دهد. از سوی دیگر این فتوای مشهور - به‌طور ناخواسته - افترایی ظالمانه به حریم مقدس اسلام است که پیامد آن پندار صدور مجوز رفتار ظالمانه از طرف خدا در اذهان زنان می‌باشد. حال آن‌که خدای سبحان در آیات ۲۲۹ و ۲۳۱ سوره‌ی مبارکه‌ی بقره به‌ترتیب با احکام «فإمساک بمعروف أو تسریح باحسان» و «سرحوهُنَّ بمعروف» فقط جواز طلاق با احسان و معروف را صادر فرموده است... و چون حرج و عسر در زندگی زناشویی «معروف» نیست، پس مفهوم قطعی «فإمساک بمعروف» حرمت و بطلان طلاق یک‌جانبه‌ی زوجه از طرف زوج در حال یسر است.

و بالاخره این‌که، درست است که در اکثر آیات مربوط به طلاق مخاطب مردان هستند - چون نوعاً پیشنهاد طلاق از طرف آن‌ها است - ولی هیچ‌کدام از آیات طلاق در مقام حصر در مخاطب نیست، یعنی نه تنها هرگز اشاره‌ای به جواز مطلق طلاق برای مردان ندارد بلکه مزید بر آن، خدای متعال در آیه‌ی مبارکه «یریدُالله بکم الیُسر و لایریدُ بکم العُسر» (بقره/۱۶۵). صریحاًاصل قرآنی یُسر را تنفیذ فرموده است.

اما روایت «الطلاقُ بید مَنْ أخَذَ بالسّاق» اولاً با عرضه بر قرآن - که تصریح در مماثلت حقوق زوجین دارد - قابل توجیه است بدین‌معنی که چون با توافق زن و مرد عقد ازدواج

ثبت شده است، پس هم مرد ساق همسرش را و هم زن ساق شوهرش را بـه‌دست گرفته است یعنی «مَنْ أخذ بالسّاق» کسی است که با عقد بر دیگری محرم است پس زن و شوهر را با هم در بر می‌گیرد. بنابراین طبق روایت فوق طلاق به‌دست هر دوی زن و شوهر است. و به‌عبارت دیگر همان‌طوری که زن و مرد در عقد نکاح و تـداوم زوجیّـت بـا هـم شـریکند در صورت لزوم شرعی هم بالسویه حق طلاق دارند. و بـه اصـطلاح نحـوی، اطـلاق «مَـنْ أخـذ بالسّاق» شامل زوجین است و هیچ دلیلی بر انحصار «مَنْ أخذ بالساق» به زوج وجود نـدارد. ثانیاً اگر هم این روایت قابل توجیه نباشد پیش از مخالفت بـا قـرآن مـردود اسـت چـون در مرحله‌ی اول با حدیث امام‌صادق (علیه السلام) از رسول‌خدا (صلی الله علیه و آله) مبنـی بـر حرمت طلاق ام‌ایوب به صرف اراده‌ی أبا ایوب در تعارض است. ثالثاً: اگر هم بـا روایتـی هـم متعارض نبود، روایتی ضعیف از عایشه است که مُرسل است. رابعاً در صـورت توجیـه روایـت مذکور و در مقابل اجماع مبتنی بر آن می‌گوییم: چون روایت مـذکور مخـالف قـرآن اسـت، اجماع بر آن و امثال آن‌که مقابل نصوص قرآنی است هـیچ ارزشـی نـدارد (بـه نقـل سـایت اینترنتی دفتر آیت‌الله‌العظمی دکتر محمدصادق تهرانی (ره)، www.forghani.ir)

فتوا و دلیل مذکور واضح و روشن، در مقابل تمامی فتاوای فقهای امامیه است هـر چنـد همان‌طور که به فحصی در درون فتاوای قدما، متأخرین و معاصرین امامیه پـرداختیم شـاید بتوان گفت در برخی از آن‌ها بارقه‌هایی از آن را بتوان مشاهده کرد لکن فتوای ایشان بسـیار صریح و روشن در این مطلب بود. ما در این‌جا در پی گزیدن نظری نیستیم لکن ایـن‌کـار را به مجتهدان و صاحب‌نظران باید سپرد.

بررسی حقوقی طلاق قضایی

همان‌طور که به تفصیل در بحث فقهی بیان شد فقهـاء در مـواردی بـرای زوجـه امکـان درخواست طلاق را داده‌اند، در واقع در این نوع طلاق، زن نخست از دادگـاه تقاضـای طـلاق می‌کند و دادگاه با رعایت شرایطی حکم به طلاق می‌دهد موجبات طلاق بـه درخواسـت زن یا همان طلاق قضایی در حقوق ایران به این شرح است:

۱- مفقودالأثر بودن شوهر در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد.

۲- عجز و امتناع شوهر از انفاق.

۳- امتناع شوهر از انجام سایر وظایف زوجیّت مثل مضاجعت و نزدیکی و ... .

۴- عسر و حرج بودن.

۵- موردی که زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که خود را مطلقه سازد؛ شایان ذکر است که طلاق ایلاءکننده و ظهارکننده را نیز می‌توان در این تقسیم‌بندی جا داد.

طلاق زوجه غائب مفقودالأثر

بارزترین و بیش‌ترین موردی که در تمام کتب فقهی یافت می‌شود همین مورد است. اگر مردی چهار سال تمام غائب مفقودالأثر بود و خبری از حیات و ممات او در دست نباشد زوجه می‌تواند به دادگاه مراجعه و تقاضای طلاق نماید. قانون مدنی ما در مواد ۱۰۲۹ و ۱۰۲۳ این موضوع مطرح کرده و به پیروی از فقه جعفری همین حکم را تأیید می‌نماید. البته باید گفت که دادگاه زمانی می‌تواند حکم طلاق را صادر نماید که پس از دریافت درخواست طلاق از جانب زن در یکی از جراید محل و یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار تهران سه دفعه‌ی متوالی هر کدام به فاصله‌ی یک ماه آگهی کند و اشخاصی را که ممکن است از غائب خبری داشته باشند را دعوت کند که اگر خبری دارند به اطلاع دادگاه برسانند. هر گاه یک‌سال از تاریخ نشر اولین آگهی بگذرد و حیات غائب ثابت نشود دادگاه حکم طلاق را صادر می‌کند. بنابراین قبل از گذشت لااقل پنج سال از تاریخ آخرین خبر از غائب دادگاه نمی‌تواند حکم طلاق را صادر نماید - البته این مشکل را طلاق بر مبنای عسر و حرج می‌تواند حل کند - و بعد از اصدار حکم طلاق زن باید عده‌ی وفات نگه دارد (ماده‌ی ۱۱۵۶ ق.م) و طلاقی نیز که به حکم دادگاه انجام شده است رجعی است. (ماده ۱۰۳ق.م) (مهرپور، ۱۳۷۲، ص۲۳۸؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص۲۳۷ و ۲۳۸)

عجز و امتناع شوهر از انفاق

در موردی هم که شوهر به هر دلیلی انفاق به زوجه را انجام نمی‌دهد فقهاء حکم به اجبار وی به انفاق و یا طلاق داده‌اند. طبق ماده ۱۱۲۹ ق.م در صورتی که زادگاه حکم انفاق به سود زن صادر کند و با وجود صدور اجرائیه علیه شوهر حکم اجرا نشود، زن می‌تواند از دادگاه تقاضای حکم طلاق نماید و دادگاه شوهر را اجبار به طلاق خواهد کرد و اگر شوهر حکم دادگاه را اجرا نکند، قاضی یا نماینده‌ی او به‌جای شوهر مستنکف اقدام به طلاق و

امضای سند آن خواهند بود (همان، ص۲۳۸؛ همان، ص۲۳۳)

امتناع شوهر از انجام سایر وظایف قانونی

در صورتی که شوهر از انجام وظایف و تکالیف زوجیّت امتناع ورزد یعنی غیر انفاق که حکم آن گذشت، نسبت به انجام دیگر حقوق زوجه مثل نزدیکی حسن‌خلق و... سرپیچی نماید، زن می‌تواند به دادگاه مراجعه نموده و الزام زوج را به انجام تکالیف خود بخواهد. دادگاه در صورت احراز موضوع شوهر را ملزم به انجام وظایف و تکالیف خود می‌نماید. حتی در صورت امتناع شوهر از انجام وظایف او را تعزیر و مجازات می‌نماید. و در نهایت دادگاه رأساً اقدام به طلاق می‌نماید (مهرپور، ۱۳۷۲، ص۲۳۹)

عسر و حرج زن

مورد دیگری که برای زن مستمسکی به‌عنوان رهایی از بند ازدواج است عسر و حرج وی می‌باشد. بر این مبنا اگر ادامه زندگی زناشوئی به هر علّت از قبیل سوءرفتار شوهر یا بیماری صعب‌العلاج یا اعتیاد یا غیبت طولانی یا حبسی طویل‌المدت شوهر و امثال آن‌ها، زندگی را بر زن دشوار و او را در مضیقه و دشواری شدید قرار دهد می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق کند و چنانچه موضوع در دادگاه اثبات شد، به حکم دادگاه شوهر ملزم به طلاق دادن می‌شود و چنانچه الزام وی به طلاق ممکن نباشد به اذن دادگاه طلاق واقع می‌شود (همان، ص۲۴۰)

ماده‌ی ۱۱۳۰ ق.م

ماده‌ی ۱۱۳۰ ق.م قبل از اصلاح سه علت برای طلاق به درخواست زن را به شرح زیر ذکر کرده بود: «حکم ماده‌ی قبل در موارد ذیل نیز جاری است:

۱- در مواردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبار او هم به ایفاء ممکن نباشد.

۲- سود معاشرت شوهر به‌نحوی که ادامه‌ی زندگانی زن با او را غیرقابل تحمّل سازد.

۳- در صورتی که به‌واسطه‌ی امراضی مسری صعب‌العلاج دوام زناشویی برای زن موجب مخاطره باشد.

با این وجود که ماده‌ی فوق مبانیتی با فقه اسلامی نداشت و مأخذ بندهای ۱ و ۲ در

گفته‌های فقهای امامیه یافت می‌شد - همان‌طور که دیدیم در بخش‌های قبل - و بند ۳ هم مبتنی بر قاعده‌ی نفی عسر و حرج بود که از قواعد مسلم فقهی است، کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی آن را به شرح ذیل اصلاح نمود:

«در مورد زیر زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه نموده و تقاضای طلاق نماید:

در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجوب عسر و حرج است، می‌تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود. (اصلاحی ۶۱/۱۰/۸) عسر و حرج که در این ماده آمده است به‌معنای مشقّت شدید است و در واقع تفسیر و برداشت از آن نسبت به هر شخصی متفاوت است و مصادیقش برای هر شخصی می‌تواند گوناگون و مختلف باشد. لذا تبیین عسر و حرج و بحث پیرامون آن که نسبت به هر شخصی چه‌گونه است و مصادیق آن به چه صورت می‌باشد بسیار مهم است. تشخیص این مشقّت شدید یا به تعبیر ماده ۱۱۳۰ پیشین تشخیص این‌که ادامه زندگی زناشویی برای زن غیرقابل تحمّل است با قاضی - و در واقع قاضی نیز باید برای تشخیص آن اولاً به معیار شخصی توجّه کند و ثانیاً برای مصادیق و موارد آن به عرف رجوع کند، عرفی که نسبت به هر شخص در این مورد متفاوت است. ماده‌ی ۱۱۳۰ ق.م در سال ۱۳۷۰ به‌شرح ذیل اصلاح شد: «در صورتی که دوام زوجیّت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع رجوع کرده و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید، و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود». این ماده از نظر ماهوی با ماده‌ی قبل تفاوتی ندارد و فقط از جهت عبارت فرق کرده است و از لحاظ ادبی و شکلی بهتر از ماده‌ی پیشین است (صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص۲۳۵)

از آن‌جایی که ماده‌ی ۱۱۳۰ ق.م تا حدی ابهام داشت و رهنمود کافی به قاضی برای تشخیص عسر و حرج نمی‌داد و در عمل موجب تشتت آراء شده بود، قانونگذار برای روشن کردن مفهوم آن و ارائه مصادیق از آن برآمده‌اند لذا در تاریخ ۱۳۷۹/۷/۳ طرح الحاق تبصره به ماده ۱۱۳۰ ق.م به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید، و چون مورد ایراد شورای نگهبان قرار گرفت. در راستای اجرای اصل ۱۱۲ قانون اساسی به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع گردید و این مجمع در تاریخ ۸۱/۴/۲۹ طی ماده واحده‌ای طرح الحاق یک

تبصره به ماده ۱۱۳۰ ق.م را تصویب کرد.

در این تبصره ابتدا تعریفی از عسر و حرج را ارائه می‌دهد که آن مشقّت در زندگی است و پنج مورد از مصادیق عسر و حرج را بیان می‌کند که عبارت‌اند از:

۱- ترک زندگی توسط زوج به‌مدت شش ماه متوالی و یا نه متناوب.

۲- اعتیاد زوج به مواد مخدر یا مشروبات الکلی.

۳- محکومیت قطعی زوج به حبس بیش از پنج سال.

۴- ضرب و شتم یا هر گونه سوءرفتار مستمر زوج که عرفاً با توجّه به وضعیت زوجه قابل تحمّل نباشد (معیار شخصی در عسر و حرج را بیان می‌کند)

۵- ابتلاء زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج در قسمت اخیر تبصره نیز تأکید می‌کند.

موارد مندرج مانع از آن نمی‌شود که دادگاه در سایر موارد که عسر و حرج زن در دادگاه ثابت می‌شود حکم طلاق صادر نماید. می‌توان گفت این تبصره گام مثبتی در احقاق حقوق زنان است و قوانین را نزدیک‌تر به موازین فقهی ما می‌کند و از این جهت قابل تأیید است و نکته‌ی مهم دیگر در این تبصره حصری نبودن موارد مذکور در آن است و هم‌چنین موارد و مصادیقی که تبصره مذکور است اماره قانونی عسر و حرج است که با احراز یکی از آن‌ها دادگاه باید حکم طلاق به درخواست زن را صادر نماید لکن ممکن است شوهر ثابت کند حتی با بروز یکی از موارد یاد شد زندگی برای زن مشقّت‌بار نیست. ایرادی که به این تبصره وارد است در مورد تعریف عسر و حرج است زیرا همان‌طور که برخی از فقهای بزرگ هم‌چون مرحوم صاحب‌جواهر و شهید ثانی گفته‌اند: هر مشقّتی عسر و حرج به‌شمار نمی‌آید چرا که ممکن است خیلی از کارهای روزمره نیز با مشقّت همراه باشد. پس عسر و حرج عبارت است از: مشقّتی که شدید یا فاحش است و عادتاً نسبت به معیار شخصی و هر کسی قابل تحمّل نیست (همان، ص۲۳۶ و ۲۳۷)

وکالت زن در طلاق

ممکن است ضمن عقد طلاق یا عقد خارج لازم دیگری شوهر به زن وکالت برای طلاق دهد، چنین شرطی طبق فقه جعفری و به‌تبع آن قانون مدنی صحیح و معتبر است. ماده ۱۱۱۹ ق.م در این مورد می‌گوید: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند. مثل این‌که شرط

شود هر گاه شوهر زن دیگر بگیرد، یا مدت معینی غائب شود و یا ترک انفاق نماید، یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند، یا سوءرفتاری نماید که زندگی آن‌ها با یکدیگر غیرقابل تحمّل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهائی خود را مطلقه سازد». این مورد شایان ذکر است که موارد یاد شده در ماده مذکور تمثیلی است نه حصری و قاعده‌ی مذکور در صدر ماده یک قاعده‌ی کلی است و می‌تواند مصادیق دیگری نیز داشته باشد البته شرطی معتبر و مشروع که مخالف با مقتضای ذات عقد نباشد. بنابراین زن خود را مطلقه می‌سازد فلذا در این‌جا مداخله‌ی دادگاه محدود به اثبات و تحقق موضوع شرط است، دادگاه حکم به طلاق نمی‌دهد بلکه زن به وکالت از شوهر نسبت به مطلقه ساختن خود تصمیم می‌گیرد. که ما به بضاعت موضوع آن را نیز تحت عنوان انواع طلاق‌های قضایی آوردیم که باید اقرار کرد که با مسامحه این‌کار را انجام دادیم (همان، ص۲۳۸ و ۲۳۹؛ مهرپور، ۱۳۷۲، ص۲۴۴)

آیا وکالت مطلق یا عام نیز در طلاق صحیح است؟

هر گاه در ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگری به زن به‌طور مطلق وکالت داده شود بدون این‌که اعمال وکالت موکول به تحقق شرطی باشد آیا این وکالت درست است؟ اگر وکالت عام باشد، چنانکه شرط شود زن از طرف شوهر وکیل و وکیل در توکیل است که هر وقت خواست خود را مطلقه کند آیا می‌توان شرط را درست دانست؟ در جواب باید گفت در فقه اسلامی اشکالی در این‌گونه وکالت نیست؛ زیرا بنا بر اطلاقی که ادله دارند فرقی بین توکیل زن و غیر او نیست، و همان‌طور که شوهر می‌تواند به شخص ثالث وکالت مطلق و عام دهد می‌تواند به زوجه‌ی خود نیز این وکالت را بدهد؛ این شرط نه خلاف مقتضای ذات عقد است و نه نامشروع. پس باید آن را مباح تلقی کرد. از عموم ماده ۱۱۱۹ ق.م مدنی نیز این معنی متبادر می‌گرد (صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص۳۳۹ و ۳۴۰)

طلاق قضایی بائن است یا رجعی؟

در مورد غائب مفقودالأثر توضیح دادیم که بعد از گذشت سنوات مزبور در فقه و قانون، طلاقی که به‌دست حاکم انجام می‌شود رجعی است، یعنی اگر شخص غائب پس از وقوع طلاق و قبل از اتمام عده مراجعه نماید، حق رجوع دارد. اما در این‌که آیا این ویژگی که خاص طلاق غایب است و روایت تنها به آن اشاره کرده است. سوال اینجا است که، آیا مفاد

روایت و حکمی که در مورد طلاق زوجه غائب مفقود الاثر وجود دارد به سایر طلاق‌هایی که به‌دست حاکم انجام می‌شود سرایت می‌کند یا خیر؟ بسیار تردید است، زیرا اگر شوهر بتواند پس از صدور حکم به طلاق و اجرای آن رجوع کند، حکمت قواعدی که به زن حق درخواست طلاق داده است از بین می‌رود و به حیثیت او لطمه وارد می‌سازد. بنابراین باید در مورد طلاقی که به حکم دادگاه واقع می‌شود مابین طلاق زوجه‌ی غایب مفقودالأثر و طلاق به‌لحاظ ترک انفاق یا عسر و حرج فرق گذاشت و همچنین اگرچناچه بخواهیم حکم روایت را به سایر موارد طلاق واجب سرایت دهیم دچار قیاس شدیم . همانطر که قبلا نیز اشاره کردیم در فقه جعفری جایگاهی برای قیاس متصور نیست (مهرپور، ۱۳۷۲، ص۲۴۵)

رویه‌ی قضائی کشور ما در حال حاضر طلاق قضائی را رجعی می‌داند، لذا محاکم سعی می‌کنند، طلاق‌های قضائی را با الزام زوجه به بذل مال و گذشت نفقه به‌صورت خلع درآورند تا بدین‌لحاظ بائن باشد. و زوج نتواند از حق رجوع استفاده کند؛ البته باید گفت این رویه نقض قرض و خلاف اصول عدالت است، زیرا بر زنی که در زندگی زناشوئی دچار حرج و مشقّت گردیده و برای رهایی از آن به حاکم اسلامی پناه برده است معقول نیست که به پرداخت فدیه به شوهر محکوم گردد، به‌ویژه در جایی که استنکاف یا عجز شوهر از پرداخت نفقه موجب طلاق زوجه به حکم حاکم بوده باشد (علایی رحمانی، ۱۳۸۴، ص۵۰۹)

در سایر مواردی که طلاق به درخواست زن و حکم دادگاه واقع می‌شود، نسبت به باین یا رجعی بودن این طلاق‌ها، اختلاف‌نظر است، برخی این طلاق را طبیعتاً رجعی می‌دانند مگر این‌که بر یکی از موارد شش‌گانه‌ی بائن منطبق باشد، یعنی درخواست زن و دخالت دادگاه و حکم او بر طلاق، تأثیری بر چگونگی طلاق ندارد اصل در طلاق، رجعی بودن آن است و به هر گونه که واقع شود اگر از اقسام شش‌گانه‌ی بائن نبود، رجعی محسوب و برای شوهر در مدت عده حتی رجوع وجود دارد. ولی برخی از صاحب‌نظران عقیده دارند چنین طلاقی بائن است، زیرا وقتی اجازه داده می‌شود زن به دادگاه رجوع کند و پس از طی مراحل دادرسی و اثبات موضوع پس از مدتی موفق به اخذ حکم طلاق می‌شود، و شوهر به اجبار دادگاه طلاق دهد و یا در صورت استنکاف او، از جانب دادگاه طلاق واقع شود، اگر باز شوهر بتواند رجوع نماید، و وضعیت زناشویی را به‌حالت اول درآورد، مراجعه‌ی زن به دادگاه و اصدار حکم از طریق دادگاه بی‌معنی خواهد بود و حکم قانون لغو و بی‌اثر است (مهرپور، ۱۳۷۲، ص۲۲۶)

متأسفانه فقهاء، عموماً متعرض این موضوع نشده‌اند از باین یا رجعی بودن این طلاق سخنی نگفته‌اند، تنها کسی که دیده شده در یک مورد متعرض این مسئله شده است مرحوم آیت‌الله العظمی خویی(رضوان الله علیه) است که در مورد طلاق حاکم در صورت امتناع شوهر از پرداخت نفقه نظر به بائن بودن این طلاق داده‌اند. با این‌که ایشان متعرض طلاق به حکم دادگاه در صورت عسر و حرج نشده‌اند لکن واضح است که فرقی بین این دو وجود ندارد. کسانی که برایشان دشوار است بپذیرند طلاق حاکم باین محسوب می‌شود، استدلال‌شان این است که طلاق بائن در شرع و قانون احصاء شده است و منحصر به شش مورد است و طلاقی که در قالب این شش مورد نگنجد ناگزیر باید رجعی باشد. وگرنه باید آن هم در شمار طلاق‌های بائن ذکر می‌شد. و این افراد در پاسخ ایرادی که مطرح کردیم - در همین بخش در مورد این‌که اگر این طلاق رجعی باشد فلسفه‌ی این طلاق بیهوده است - می‌گویند پس از رجوع شوهر زن، می‌تواند دوباره درخواست طلاق نماید و اگر هم‌چنان عسر و حرج باقی بود باز هم تقاضای طلاق نماید و این‌بار اگر حکم طلاق صادر گردد، چون سه طلاق است باین محسوب و مرد دیگر نمی‌تواند رجوع نماید. آیا واقعاً این‌کار یک عمل لغور و بی‌اثر و مشقّت‌بار برای زن نیست؟ طلاق خلع و مبارات به این جهت باین محسوب می‌گردد که زن می‌خواهد با پرداخت مالی به شوهر از دست او رها شود، اگر قرار باشد این طلاق رجعی محسوب گردد و شوهر بتواند پس از ایقاع طلاق رجوع کند دادن فدیه از سوی زن بی‌معنی خواهد بود و همین امر در مورد طلاقی که به‌وسیله‌ی دادگاه انجام می‌شود نیز صادق خواهد بود و آن حکمتی که در مورد طلاق خلع و مبارات وجود دارد در مورد طلاق حاکم به‌نحو اولی وجود دارد. به‌هر حال طلاقی که به‌دست زوجه انجام می‌گیرد به‌دلیل حکمتی که در آن نهفته بائن است و اصل رجعی بودن طلاق بر فرض صحت منصرف از این مورد و ناظر بر مواردی است که، مرد اختیار طلاق را در دست دارد و به میل خود طلاق را واقع می‌سازد. مفاد روایات و فتاوای برخی فقهای معاصر و ذوق سلیم و عقل و منطق نیز با این برداشت سازگار است و هم‌چنین نظریه مشورتی کمسیون قوانین مدنی اداره حقوقی دادگستری نیز تقویت‌کننده‌ی این نظر است. (نظریه‌ی مشورتی شماره ۷/۶۹۷-۶۹/۳/۲۹ که طلاق که بر مبنای ماده‌ی ۱۱۳۰ ق.م و ۱۱۲۹ ق.م صورت می‌گیرد باین محسوب می‌گردد.

طبعاً وقتی گفتیم طلاق بائن است تمام آثار بر آن بار می‌شود از جمله‌ی عدم رجوع، عدم نفقه، عدم تورث و ... و ایرادی که برخی از حقوق‌دانان نسبت به این موضوع وارد

کرده‌اند که اگر طلاق قضایی را بائن بدانیم عملاً زن را از حقوقی که دارد منع کرده‌ایم وارد نیست زیرا چیزی که زوجه به‌دست می‌آورد تبعاً برای او بهتر است زیرا او رهایی خود را از بند عسر و حرج در زندگی اسبق خود به‌دست آورده و برای او با هیچ چیزی قابل تعویض نیست (همان، ص۲۴۶ الی ۲۵۰)

در مقابل برخی نظری بین این دو نظر داده‌اند بدین‌شرح که: اگر طلاق حاکم را با استدلالات قائلین به رجعی بودن آن، رجعی فرض کنیم، ولی تا زمانی که سبب و موجب این طلاق (اعم از عجز یا امتناع شوهر از انفاق یا عدم حسن معاشرت وی یا عسر و حرج و...) از بین نرفته است رجوع مرد بی‌تأثیر بوده، ولی پس از رفع موجبات طلاق، رجوع مرد مؤثر (البته در زمان عده) و سبب از سر گرفتن زندگی مشترک خواهد شد. مطابق این نظریه از آن‌جا که طبق نظر برخی طلاق حاکم ذاتاً رجعی است و هر چند حتی رجوع مرد تا رفع موجبات طلاق با مانع مواجه و بی‌تأثیر می‌باشد ولی سایر آثار طلاق رجعی از قبیل حق توارث زوجین از یکدیگر - در صورتی که یکی از آن‌ها در زمان عده فوت نماید - یا استحقاق زوجه نسبت به نفقه در ایام عده و ... ثابت خواهد بود. البته این نظریه در بین فقهاء سابقه نداشته ولی ظاهراً نسبت به حسب قواعد و دلایل فقهی می‌تواند جزء نظرات در مورد نوع طلاق قضایی قرار گیرد (علوی قزوینی، ۱۳۷۶، ص۱۴۴)

جمع‌بندی بحث و نظر نگارنده

در کل به این نتیجه رسیدیم که طلاق قضایی اولاً جزء طلاق‌های واجب قرار می‌گیرد، ثانیاً مهم‌ترین مصداق آن عسر و حرج است که نسبت به هر فردی می‌تواند متفاوت باشد ممکن است داشتن مسکن شخصی برای یک فرد مصداق عسر و حرج باشد ولی برای دیگری نباشد بنابراین نوع عسر و حرج فرد برخوردکننده با آن بسیار مهم است.

گفتار چهارم: طلاق خلع

مقدمه

همان‌طور که در قبل اشاره شد طلاق، اقسامی دارد، که یکی از آن‌ها خلع است، و گفته شد که خلع طلاقی است که اولاً ناشی از کراهت شدید زوجه نسبت به زوج و ثانیاً فدیه‌ای است که زوجه برای رهایی خود به زوج پرداخت می‌کند حال خواه این فدیه همان مهریه و یا نفقه‌ی او و بیش‌تر و یا کم‌تر از آن باشد. در بررسی‌هایی که انجام دادیم متوجّه شدیم، طلاق در حقوق ایران ماهیتاً یک ایقاع است که اصل آن هم به‌دست زوج است مگر در مواردی که در گذشته احصاء کردیم که فقه و قانون‌گذار ما به تبع آن، طلاق را به‌دست زوجه نهاده است (مثل انواع طلاق واجبی که قبل از این گفتار به آن پرداختیم) به‌هر حال در حالتی که زن از شوهرش کراهت داشته باشد و حاضر باشد مالی را به او بدهد تا طلاق بگیرد، با توجّه به قوانین فعلی حاکم، شوهر می‌تواند از طلاق دادن امتناع ورزد، زیرا یا به‌صورت یک‌جانبه همسر خود را دوست دارد و یا این‌که قصد اضرار به وی را دارد؛ بنابراین در این حالت زوجه باید به زندگی ادامه دهد که از آن منزجر است. در این‌گونه موارد زوجه به‌دلیل کراهت شدیدی که از زوج دارد از او تمکین نمی‌کند، به ابراز احساسات او پاسخ نمی‌دهد و در نتیجه خانواده به‌تدریج آن پویایی و نشاط خود را از دست خواهد داد و در نهایت منجر به متلاشی شدن و عدم احساس آرامش طرفین نسبت به یکدیگر خواهد شد. هم‌چنین پس از گذشت مدتی زن به دلیل این‌که از شوهرش کراهت دارد و با او قرابت جنسی ندارد، احساس نیاز جنسی می‌نماید و این احساس ممکن است به معصیت و گناه کشیده شود و این موضوع نه با قوانین اسلامی و اخلاقی و عرفی جامعه‌ی ما سازگاری دارد

و نه با قوانین موضوعه‌ی نظام مقدس جمهوری اسلامی ایران همخوانی و مطابقت دارد.

البته از این موضوع نباید غافل شد که کراهت شدید نسبت به شوهر را باید دادگاه صالحه از طرق مختلفی که می‌تواند این کراهت را احراز کند، به‌دست آورد، نه این‌که هر زنی به بهانه‌ی این‌که از شوهرش کراهت دارد به راحتی بتواند زندگی زناشویی را از هم بپاشد، چرا که این مورد اگر بدون ضابطه برقرار گردد، فرقی با این‌که در همه‌ی موارد و به‌صورت مطلق طلاق یک‌جانبه به‌دست مرد باشد ندارد و مصداق ظلم است و این نیز از عدالت به دور است؛ در واقع باید با استفاده از عنصر زمان و مکان و قواعد و ادله‌ی فقهی معتبر برابری را که در تمام مسائل و موارد اسلامی بین زن و مرد وجود دارد پیدا کرد و در مرحله‌ی اجرا نیز از آن استفاده نمود؛ به‌صورتی که در جهان امروزی شبهه‌ی تبعیض بین حقوق زن ومرد در اسلام مطرح است و بلأخص در بحث طلاق نیز این شبهه مطرح می‌گردد که آیا مردی که می‌تواند هر زمانی که اراده کرده با پرداخت مهریه زوجه‌ی خود را طلاق دهد؟ ولی زن که از زندگی مشترک خود ناراضی است حق ندارد از همسرش جدا شود؟ مسلماً به این شبهه پاسخ‌های قطعی و محکمی داده شده است و هیچ‌گونه جای ایرادی نیست و این موضوع واضح است که اسلام بر پایه‌ی کرامت انسان و تساوی زن و مرد در بهره‌مندی از نعمت‌های مادی و معنوی بنا گردیده است و آنچه که در نزد خداوند ارزش و کرامت انسان را بالا می‌برد نه زن بودن و نه مرد بودن و نه از این قبیل است بلکه «اِنَّ اکْرَمکم عندالله أتقاکُم» می‌باشد و بس. در این گفتار برآنیم تا بتوانیم بحث پیرامون طلاق خلع را از این بعد بررسی کنیم که آیا این طلاق جزء، طلاق‌های واجب است یا خیر؟ یعنی اگر زنی به هر دلیلی ولو به‌خاطر ازدواج با یک مرد دیگر از شوهرش کراهت داشت و حاضر بود که مالی به او بپردازد آیا بر مرد (شوهر) واجب است او را طلاق دهد یا خیر؟ البته این کراهت که به هر دلیلی می‌خواهد باشد باید شدت داشته باشد به‌صورتی که برای دادگاه ثابت شود که مثلاً اگر طلاق صورت نگیرد زن به گناه کشیده می‌شود و ... همان‌طور که در سطور قبل توضیح دادیم و این معیار برای هر شخص نیز متفاوت است. به نظر میرسد آنچه که مهم است مطلق کراهت زوجه از زوج باشد،که در بحث بعدی این موضوع روشن می‌گردد.

چگونگی و مقدار کراهت زوجه

همان‌طوری که در مقدمه گفته شد کراهت، زوجه از زوج جزء شرایط تحقق خلع است.

برخی از فقهاء بر اینکه کراهت در طلاق خلع شرط است ادعای اجماع نموده‌اند، آن‌جا که مرحوم صاحب جواهر (رضوان الله علیه) فرمود: «بل الاجماع بقسمیه علیه، مضافاً إلی استفاضة النصوص او تواترها فی ذلک» (نجفی، ۱۳۸۷، ج ۳۳، ص۴۱) حال این کراهتی که زن از شوهر خود دارد دارای مراتب مختلفی می‌باشد، مثلاً گاهی زن تنفر شدیدی از شوهر دارد به‌طوری که به‌صورت واضح و صریح به او می‌گوید: من از تو تمکین نمی‌کنم و اطاعت نمی‌کنم و از این قبیل یا در مواردی به‌قدری پا را فراتر می‌گذارد که می‌گوید: با دیگری نزدیکی می‌کنم و ...، و گاهی نیز کراهت در حد کم‌تری است به‌صورتی که زوجه مثلاً از اخلاق و یا صورت و یا حالت جسمی همسرش منزجر است و هیچ کلامی هم که از آن به معصیت اشاره شود نیز نمی‌برد. برخی از فقهاء معیارشان از کراهت در خلع این است که زن حالت اول را داشته باشد یعنی حد اعلی از کراهت را نسبت به شوهرش داشته باشد، لکن برخی دیگر از فقهاء مطلق کراهت را در خلع شرط می‌دانند یعنی اگر زوجه‌ای به‌صورت قسم اخیر نیز از شوهرش کراهت داشت خلع صورت می‌گیرد؛ به‌عنوان نمونه مرحوم امام‌خمینی(رضوان الله علیه)می‌فرمایند: شدت کراهت زوجه باید طوری باشد که بیم نشوز او رود و ترس افتادن در معاصی نیز برای او باشد (تحریرالوسیله، موسوی‌خمینی، ج۲، ص۲۵۲) مرحوم صاحب جواهر(رضوان الله علیه) نیز در این‌باره می‌فرماید: «انما الکلام فی الاکتفا بمطلق الکراهة، کما هو ظاهر المصنف و غیر من المتأخرین»

یعنی همانا اصل کلام در آن است که مطلق کراهت برای تحقق خلع کافی است. همان‌طور که مصنف [مرحوم صاحب شرایع(رضوان الله علیه)] و غیر از او از متأخرین بر این نظراند (نجفی، ۱۳۸۷، ج۳۳، ص۴۱) و هم‌چنین برخی از فقهای معاصر نیز همین نظر اخیر را پذیرفته‌اند یعنی مطلق کراهت برای تحقق خلع را کافی می‌دانند و لازم نیست که حتماً زوجه الفاظی که دال بر عصیان باشد را بر زبان جاری کند (وجوب طلاق خلع بر مرد، صانعی، یوسف، ص۲۳) بنابراین آنچه که مسلم و قطعی است و به قول اصولیین قدر متیقن از موضوع است وجود کراهت زوجه است خواه این کراهت را مطلق بدانیم یا کراهت شدید که ترس از وقوع در گناه باشد بدانیم. لذا اگر چنانچه زن از شوهر کراهت نداشته باشد، به صرف دادن فدیه، نمی‌توان گفت که خلع واقع شده است، ولی از نظر قضایی چون اثبات این کراهت و تحلیل روانی این حالت در زن مشکل است، و به‌طور معمول اگر زن از شوهرش کراهت نداشته باشد اقدام به بخشش مهریه و بذل مال نمی‌کند، باید گفت پیشنهاد طلاق

خلع یا پذیرفتن آن اماره بر این است که زن از شوهر کراهت دارد و اثبات خلاف این امر به عهده‌ی کسی است که بطلان طلاق خلع را ادعا می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص۲۷۴)

اقسام طلاق خلع بر مبنای احکام خمسه‌ی تکلیفیه

صاحب قواعدالأحکام، طلاق خلع را از منظر حکم تکلیفی که بر آن بار می‌شود به چهار دسته منقسم کرده است: حرام، مباح، مستحب، واجب (قواعدالأحکام، علامه‌ی حلی، ج۳، ص۱۴۶ و ۱۵۷)

طلاق خلع غیرمشروع (حرام)

حالتی است که زوجین بدون هیچ مشکلی و تنفری از یکدیگر در حال زندگی هستند و زوج، زوجه را مجبور به بذل مال به خود ناید. در این حالت طلاقی که واقع می‌شود به اجماع فقهی خلع نیست و به‌تبع مالی هم که به زوج انتقال داده شده است در ملکیت زوجه باقی خواهد ماند (همان، ج۳، ص۱۵۶)

برخی از فقهاء قائل به بطلان چنین طلاقی هستند و برخی از فقهاء نیز قائل به رجعی بودن چنین طلاقی هستند (صانعی، ۱۳۸۶، ص۲۷)

طلاق خلع مباح

در جایی است که تمام شرائط لازم برای تحقق پیدا کردن خلع وجود دارد به صورتی که زوجه از شوهر خود متنفر است و برای رهایی خود مالی را به وی بذل می‌کند تا او را طلاق دهد.

طلاق خلع مستحب

در جایی مطرح می‌شود که زن به شوهرش بگوید اگر مرا در عوض این مال طلاق ندهی با مردی که از او متنفّر هستی نزدیکی می‌کنم و هم‌بستر می‌شوم و یا اینکه، کلام را به این صورت بگوید که اگر طلاق ندهی با مردی که از او متنفری ازدواج خواهم کرد. قائلین به این قول ابن‌ادریس و محقق می‌باشند (السرائر، ابن‌ادریس، ج۲، ص۷۲۴؛ شرایع‌الإسلام، ج۳، ص۴۰؛ قواعدالأحکام، علامه حلی، ج۳، ص۱۵۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶ ه.ق، ج۹، ص ۴۱۱؛

ایضاح‌الفوائد، فخرالمحققین ابن العلامه، ج۳، ص۳۷۷؛ فاضل‌الآبی، ج۲، ص۲۳۶)

طلاق خلع واجب

این موضوع نیز همان مورد قبلی است، لکن برخی از فقهاء مثل مرحوم شیخ طوسی، صلاح‌الدین حلبی، ابن‌حمزه، ابن‌زهره، ابن‌البراج و دیگران حکم آن را وجوب می‌دانند. [برای مشاهده‌ی نظرات این دسته از فقهاء رجوع شود به نجفی، ۱۳۸۷، ج۳۳، ص۳ و ص۴۵و ۴۶]

این دسته از فقهاء می‌گویند: اگر زن نسبت به مرد طوری کراهت پیدا کرد که اگر او را طلاق ندهد مرتکب معصیت و گناه می‌شود بر مرد واجب است که او را طلاق دهد.

محل نزاع

با توجّه به این تقسماتی که انجام دادیم اولاً متوجّه شدیم که علامه(رضوان الله علیه)، قسم مباح را وارد این تقسیمات داشته‌اند در صورتی که بنا بر آنچه در این تحقیق از قول مرحوم شهید ثانی(رضوان الله علیه) ارائه کردیم ایشان قائل به عدم منقسم شدن طلاق به مباح بودند و قسم مکروه را جایگزین آن نموده بودند ثانیاً آنچه که باید از این پس در این تحقیق مورد بررسی و فحص ما قرار گیرد وجوب طلاق خلع است - قسمت اخیر از تقسیم‌بندی - لکن این وجوبی که ما در این‌جا می‌خواهیم راجع به آن حرف بزنیم با بحثی که پیرامون چگونگی کراهت مطرح کردیم آمیخته می‌شود؛ به این توضیح که هر چند تنفر زوجه از همسر خود به شکل ظاهری هم باشد طلاق خلع واجب است و لازم نیست با معیار فقهایی که حکم به وجوب طلاق خلع داده‌اند - که این تنفر باید حتماً به‌حدّی باشد که احتمال معصیت زن در امور واجبه نسبت به شوهرش، را به‌دنبال داشته باشد - هماهنگی داشته باشیم. در واقع اگر بتوانیم با بررسی ادله‌ی طرفین (کسانی که قائل به وجوب طلاق خلع هستند و کسانی که قائل به عدم وجوب طلاق خلع هستند) به وجوب خلع در طلاق کراهت قائل شویم، در واقع دیگر مشکلی پیش نمی‌آید چرا که ادله‌ی ما ادله‌ی دقیق و حساب شده خواهد بود.

بنابراین فرض اصلی ما که در این‌جا مورد نزاع است، این است که به صرف بذل مال از طرف زوجه و مطلق کراهت او از زوج مرد ملزم به طلاق می‌شود یا خیر؟ و آیا از این وجوب

می‌توان مانند طلاق قضایی الزام بـه طـلاق و بـه تبـع آن قاعـده‌ی طـلاق حـاکم را جـاری دانست؟

بدیهی است اگر بتوانیم این الزام را اثبات کنیم به یک راه‌حل شرعی در راسـتای تعـدیل حقوق زن و مرد در امر طلاق دست یافته‌ایم و شبهه‌ی تبعیض زن و مرد در مورد طـلاق بـا وجهه‌ی قانونی از بین خواهد رفت. زیرا همچنان که مرد می‌تواند با پرداخت مهریه هر وقـت که خواست همسر خودش را طلاق دهد، زن نیز می‌تواند بـا داشـتن هـر نـوع از کراهـت از شوهرش، و با بذل مهریه یا هر گونه مالی، از مرد بخواهد که او را طلاق دهد.

اقوال فقهاء در مورد وجوب یا عدم وجوب طلاق خلع

در مورد طلاق خلع دو قول در بین فقهای امامیه وجود دارد: وجوب و عدم وجوب طلاق خلع. این موضوع لازم به‌ذکر است که فقهای امامیه که قول به وجوب طلاق خلع را پذیرفته و استدلال به آن کرده‌اند موردی را مدنظر دارند که کراهت زوجه از زوج منجر بـه معصـیت می‌گردد، لکن همان‌طور که مطرح کردیم مطلوب ما اثبات ایـن موضـوع در مطلـق کراهـت است. اما به‌دلیل اینکه می‌خواهیم از دلایل آن‌ها استفاده کنیم تا فرض خود را اثبـات کنـیم به اقوال دو طرف و استدلات و پاسخ‌های آن متمسک می‌گردد تا حکم خـود را از آن خـارج کنیم.

ادله قائلین به عدم وجوب طلاق خلع

قائلین به این قول که مشهور فقهای شیعه را تشکیل می‌دهند برای اثبات به دلایل ذیـل استناد می‌کنند:

۱- اصل برائت ذمه‌ی مرد از حکم وجوب در مسئله‌ی طلاق، این دسته از فقهـاء اعتقـاد دارند هر گاه در مورد وجوب یا عدم وجوب یک تکلیف شـرعی، شـک پیـدا کـردیم و دلیـل عقلی و نقلی هم بر اثبات چنین تکلیفی پیدا نکردیم، بایـد اصـل برائـت را از اصـول عملیـه جاری کنیم. در واقع دلیل اول قائلین بـه عـدم وجـوب طـلاق خلـع از دو قسـمت تشـکیل می‌شود. یکی اصل برائت ذمّه‌ی مرد از حکم وجوب طلاق خلع کـه ایـن اصـل معـارض نیـز ندارد و دیگری عدم وجود دلیل از کتاب، سنت و یا حتی عقل بروجوب طلاق خلع.

جواب دلیل اول: اصاله البرائه یکی از اقسام اصول عملیه است که وظیفه‌ی عملی مکلّـف

را در مواردی که جستجو و فحص کامل در ادله برای دستیابی به حکم انجام شده است و چیزی پیدا نشده باشد نشان می‌دهد، در واقع در جایی مطرح می‌شود که شارع می‌خواهد مکلّف را از غیر خارج کند و آن غیر زمانی پیش می‌آید که دلیل پیدا نشود، یعنی در واقع اعتبار اصل زمانی است که دلیل نباشد و اماره‌ای نیز در کار نباشد، به‌قول اصولی‌ها: «الأصلُ دلیل حیثَ لادلیل له» (فرائد الأصول، انصاری، شیخ مرتضی، ج۲، ص۹ و ۱۰) با این توضیح، در ادامه زمانی که نظریه‌ی طرفداران قول به وجوب را بررسی می‌کنیم می‌بینیم که آنان دلایلی محکم برای ادعای خود دارند و به‌همین ترتیب دیگر نوبتی به اصل عملیه ـ در این‌جا برائت ـ نمی‌رسد.

۲- دلیل دوم قائلین به عدم وجوب طلاق خلع نیز، به دلیل اول آن‌ها یا قسم اخیر دلیل اول باز می‌گردد آن‌ها مطلب را باز کرده و می‌گویند: نصی از کتاب و سنت بر وجوب طلاق خلع از جانب مرد وجود ندارد؛ خداوند در آیه‌ی شریفه‌ی ۲۲۹ سوره‌ی مبارکه‌ی بقره می‌فرماید: «الطلاق مرّتان فإمسک بمعروف أوْ تسریح باحسان و لایَحلُ لَکُم أن تأخذوا مما آتیتموهُنَّ یَشأ إلاّ أنْ یخافا ألاّ یقیما حدودَ الله فإنْ خِفْتُم ألا یقیما حدودَ الله فلاجناح علیهما فیما افْتدَت بِهِ» مفسرین درباره‌ی جمله‌ی اخیر از قرآن کریم گفته‌اند که اشاره به جواز طلاق خلع دارد نه وجوب آن (المیزان، طباطبایی، ۱۳۷۵، ج۲، ص۷۲۴۳) و همچنین اضافه می‌کنند که در روایت وارده در مورد طلاق خلع و مبارت: «حلّ له ما أخذ منها» دال بر حلّیّت و جواز طلاق خلع است و از آن وجوب استنباط نمی‌گردد (وسائل‌الشیعه، شیخ حر عاملی، ج۲۲، کتاب الخلع و المباراة، باب ۱، ص۲۷۹)

جواب دلیل دوم: این دلیل نیز مردود است. به این دلیل که اولاً آیه و روایتی که مذکور افتاده است دلیل بر حلّیّت و جواز اخذ فدیه است نه جواز طلاق خلع از جانب زوج. مرحوم طبرسی در ذیل آیه می‌فرماید: «و لایحلُ لکم» یعنی بر شوهران حلال نیست که در موقع طلاق به زور آنچه را که به زنان داده‌اند از آنان بازپس گیرند - یعنی مهریه - و خداوند این حکم را در مورد طلاق خلع استثناء زده و می‌فرماید: «إلاّ أن یخافا ألا یقیم حدودَ الله» مگر این‌که در اثر عداوت و بغض به یکدیگر گمان قوی داشته باشند که به حدود و احکام الهی عمل نمی‌کنند، فلذا این آیه صرفاً جواز گرفتن مال را می‌رساند (طبرسی، ۱۴۰۸، ج۲، ص۱۰۴) در واقع برای توضیح بیشتر که این آیه تنها در مقام بیان جواز اخذ فدیه است، باید گفت: مقصود از این بخش آیه که می‌فرماید: «إلاّ أن یخافا أنْ لایقیما حدودَ الله»

استثناء از جمله‌ی قبلی است، در این‌جا مستثنی‌منه یا حکم عام آن است که مرد نباید به فکر پس گرفتن و یا انکار مهر زن باشد و اگر مهر را داده چیزی از آن نگیرد. از آن‌جا که علمای نحو و هم‌چنین علم اصول می‌گویند مستثنی باید با مستثنی‌منه سنخیت داشته باشد، چه این فرد از افراد مستثنی‌منه نیست. روایت نیز به‌همین صورت، یعنی ناظر بر مطلبی است که در قرآن آمده است یعنی جواز و حلّیّت اخذ اموالی که زن اختیاراً به شوهر پرداخت می‌کند تا او را طلاق دهد نه در مقام بیان جواز خلع یا وجوب آن بر مرد (صانعی، ۱۳۸۶، ص۲۴ و ۳۵) و همچنین اگر هم بگوییم سلّمنا و بپذیریم که آیه و روایات در مقام بیان جواز خلع نیز می‌باشد لکن باید به این موضوع توجّه داشت که جواز خلع با وجوب خلع منافاتی ندارد. زیرا حتی اگر حکمی بر موضوعی تعلّق بگیرد این حکم با شروط اختیاری و یا عسر و حرج قابل تغییر است چرا که در این‌جا حکم بر روی طبیعت مطلقه باز شده است نه مطلق الطبیعه با تمام عوارض و طواری آن؛ به‌عبارت دیگر حکم طلاق خلع به روی موضوع بما هو هو و طبیعت مطلقه آورده شده است، که این جواز قابل تغییر است (همان، ص۳۵ و ۳۶)

۳- منافات وجوب طلاق خلع از جانب مرد با روایت «الطلاق بید مَنْ أخذ بالساق» قائلین به‌عدم وجوب طلاق خلع معتقدند این روایت به اختیار مرد در طلاق دلالت دارد و با حکم وجوب طلاق خلع از جانب مرد در تعارض است (همان، ص۴۷)

جواب دلیل سوم: این روایت از دو جنبه قابلیت بررسی و مناقشه را دارد سند روایت و دلالت - سند روایت: این روایت تنها از طریق اهل سنت نقل شده است و از طریق شیعه چنین روایتی نقل نشده است. و در کتب اهل سنت نیز به دو طریق این روایت نقل شده است که در سلسله روایت هر دو طریق نیز ضعف سندی وجود دارد. با توجّه به اینکه شأن صدور این روایت - قبلاً در بخش‌های قبلی این نوشتار روایت و شأن صدورش را آوردیم - مربوط به جایی است که عبد به اذن مولایش ازدواج می‌کند. حال سؤال این است که آیا مولا می‌تواند طلاق مولی‌علیه خود را بگیرد؟ در این‌جا است که پیامبر فرمود طلاق به‌دست مرد است بنابراین حصر مذکور در این روایت حصر اضافی است نه حصر حقیقی. در واقع با توجّه به ابتدای روایت که در مورد اختلاف بین برده و مولا در مورد طلاق است، منحصر کردن حق طلاق به زوج حصر حقیقی نیست که خواسته باشد بگوید فقط و فقط زوج می‌تواند طلاق بدهد. شاهد بر اضافی بودن حصر مورد روایت است، چرا که در روایت

موضوع اختلاف برده و مولا است و روایت در مقام بیان انحصار حق طلاق برای زوج نبوده.

به‌علاوه باز هم اگر قبول کنیم که حصر مذکور در روایت، حصر حقیقی است. با اجبار مرد به طلاق منافاتی ندارد زیرا فرضیه‌ی ما این است که در صورت جمع شرایط خلع، بر مرد واجب است که زنش را طلاق دهد حال اگر مرد طلاق ندهد مانند سایر طلاق‌های عسر و حرجی به حکم قضایی اجبار می‌شود و اگر میسّر نشد، زوجه به اذن حاکم شرع، طلاق قضایی داده می‌شود. و باز هم اگر بپذیریم که حصر مذکور در روایت حصر حقیقی است روایت قاصر از اثبات عدم وجوب طلاق خلع است زیرا قاعده‌ی مذکور در روایت مربوط به طلاق است، لکن بحث ما پیرامون خلع است که حتی برخی به عدم لازم بودن لفظ طلاق در آن معتقدند (ایزدی‌فر و دیگران، ۱۳۹۱، ص۲۴۳)

ادله‌ی قائلین به وجوب طلاق خلع

مرحوم شیخ طوسی(رضوان الله علیه) اولین کسی می باشد که در مورد وجوب طلاق خلع بحث کرده است و فتوا به وجوب آن داده است، ایشان در کتاب النهایه می‌فرماید: همانا طلاق خلع واجب است هنگامی که زن به شوهرش بگوید: از تو اطاعت نمی‌کنم،حدی را رعایت نمی‌کنم، غسل جنابت نمی‌کنم و اگر طلاقم ندهی با کس دیگری هم‌بستر می‌شوم، که در این صورت بر مرد واجب است که او را طلاق خلع دهد (النهایه‌الأحکام، شیخ طوسی، ص۵۲۹؛ نجفی، ۱۳۸۷، ج۳۲، ص۳)

صلاح‌الدین حلبی (رضوان الله علیه)نیز در این‌باره می‌فرماید: اگر به‌صورت عادی زن از شوهر تقاضای طلاق کند و از او بخواهد در مقابل گرفتن مال او را رها کند؛ بر شوهر واجب نیست که بپذیرد، ولی اگر تمایل زن به جدا شدن شدید باشد به‌گونه‌ای که بگوید اگر طلاق ندهی مرتکب معصیت می‌شوم و خیانت می‌کنم دیگر بر مرد جایز نیست او را نگه دارد و باید با گرفتن مال که می‌تواند مال زیاد باشد او را طلاق دهد (الکافی فی‌الفقه، حلبی، ابوصلاح، حلبی، ص۳۰۷)

همان‌طور که گفتیم فقهای دیگری نیز قائل به این نظریه بوده‌اند همچون ابن‌زهره، ابن‌براج، محقق قمی، و فاضل هندی(رضوان الله علیهم اجمعین)حال به‌تحلیل و بررسی نظر قائلین به‌وجوب می‌پردازیم:

۱- دلیل اول: وجوب نهی از منکر: هنگامی که زن از شوهر خود در زندگی زناشویی

کراهت داشته باشد، این احتمال وجود دارد که بـه گنـاه و منکـر آلـوده شـود، بنـابراین در راستای از بین بردن این منکر بر زوج واجب است که زنش را طلاق دهد. شایان ذکـر اسـت که اولین‌بار علامه این دلیل را مطرح و آن را رد کرده‌اند و فقهای بعد از ایشان نیز این دلیل ذکر کرده‌اند و به آن اشکال گرفته‌اند، و این نکته نیز قابل بیان است که هیچ‌کدام از فقهایی که قائل به وجوب طلاق خلع هستند این دلیل را در کتب خود نیـاورده‌انـد (وجـوب طـلاق خلع بر مرد، صانعی، یوسف، ص۳۶). اشکالات وارده به این استدلال بدین‌شرح است:

۱. *مناقشه اول و پاسخ آن:* اشکال علامه در مختلف‌الشیعه است که می‌فرماید: این‌که زن طلاق خلع داده شود تنها راه امر به‌معروف و نهی‌از منکر نیست زیرا امر به‌معـروف در فـرض مذکور با طلاق عادی نیز انجام می‌گردد (مختلف‌الشـیعه، علامـه حلـی، ج۷، ص۳۹). طـلاق بدون اخذ مال برای حفظ غیرت مرد نیـز مناسـب‌تـر اسـت (شـهید ثـانی، ۱۴۱۶ ه.ق، ج۹، ص۴۱۱) و هم‌چنـین بـا لحـاظ اصـل «الأیسـر فالأیسـر» در ادای فریضـه‌ی نهـی از منکـر، برگزیدن طلاق خلع، برخلاف اصل و انتخاب شدیدترین راه است (همان)

جواب اشکال: این استدلال صحیح نیست، زیرا اگر مرد بدون اخذ مال تنها بـه واسـطه‌ی کراهتی که زوجه‌اش از او دارد بخواهد وی را طلاق دهد، این موضوع به ضرر مرد و ظلـم در حق او است. زیرا علاوه بر فشار روحی که بر چنین مردی می‌آید از نظر عادی نیز ضرر به او وارد می‌شود. با این اوصاف برای جلوگیری از ظلم به مرد باید گفت تنها راه‌حل طـلاق خلـع است (صانعی، ۱۳۸۶، ص۳۷)

۲. *مناقشه دوم و پاسخ آن:* زمانی می‌توانیم بگوییم نهی از منکر واقع می‌شود که منکری در عالم خارج وقوع پیدا کند حال آن‌که در مانحن‌فیه هنوز منکری رخ نـداده و تنهـا حـرف آن زده شده است. پس در واقع موضوع به وقوع نپیوسته و سالبه بـه انتفـاع موضـوع اسـت. (همان، ص۳۸)

جواب اشکال: دفع موضوع منکر هم‌چون رفع آن واجـب اسـت. فلسـفه‌ی نهـی از منکـر جلوگیری از مفاسد و اصلاح جامعه است و در دفع منکر نیز ایـن علـت و خواسـته‌ی شـارع وجود دارد و رفع منکر نیز به دفع آن باز می‌گردد. در این صورتی که شما مـی‌گوییـد هـیچ اقدام پیش‌گیرانه‌ای توسط افراد جامعه نباید صورت گیرد، بلکـه ناهیـان بایـد منتظـر وقـوع منکرات باشد تا در آن موقع دفع منکر برای آنان واجب شـود. دفـع منکـر کـه یـک حالـت پیش‌گیری از گناه دارد در واقع ارزش بالاتری نسبت به رفع منکر دارد (همان، ص۳۹)

۳. *مناقشه‌ی سوم و پاسخ آن:* این اشکال را مرحـوم صـاحب جـواهر (رضـوان الله علیـه)

مطرح کرده‌اند ایشان می‌فرمایند: وجوب نهی از منکر زمانی که مستلزم از بـین رفـتن حـق ناهی گردد منع گشته اسـت (نجفـی، ۱۳۸۷، ج۳۳، ص۴۵)بـه‌عبـارت دیگـر حتـی اگـر زن مرتکب فعل حرامی شود نمی‌توانیم فرد را مجبور به طلاق خلع نماییم؛ چرا که وجـوب ایـن طلاق باعث می‌شود تا حق مرد از زندگی زناشویی از بین برود (همان، ص۴۵)

جواب اشکال: این مورد قبول است که جلوگیری از گناه دیگران نباید موجـب زوال حـق ناهی شود چرا که عقل و شرع به آن حکم می‌کنند، لکن نظر ما این است که با الزام مرد بـه طلاق خلع حقی از وی زائل نمی‌گردد، زیرا مرد مالی را کـه بابـت مهریـه داده بـود مجـدداً دریافت می‌کند؛ مالک فی‌الذمه خود شده و باعث سقوط تعهدش از این بابـت مـی‌شـود؛ در ادامه ممکن است این اشکال بشود که حق مرد بر ادامه‌ی زندگی زناشوئی زائـل مـی‌شـود و این حقی است که با مال قابل تقویم نیست. این اشکال نیز قابل خدشه است؛ زیرا در طـلاق عادی که مرد زنش را طلاق می‌دهد نیز حق زن بر ادامه‌ی زندگی زناشویی زائل مـی‌گـردد، در نتیجه باید گفت که در هیچ‌کدام از این طلاق‌ها حقی از زوجین زائل نمی‌شـود چـرا کـه هر کدام از زوجین آنچه را که عوض قرار داده بودند، مالک می‌شـوند (ایـزدی‌فـر و دیگـران، ۱۳۹۱، ص۲۴۶)

۲- دلیل دوم: ارتکاز عقلاء در عقود: ارتکاز عقلاء در عقود این است که اگـر عقـدی لازم باشد لزوم آن طرفینی باشد و اگر عقدی جـایز باشـد، جـواز آن نیـز طرفینـی باشـد، اینکـه عقدی از جانب یکی از طرفین لازم باشد و از جانب طرف دیگر جایز، برخلاف ارتکـاز عقـلاء است؛ زیرا عقلاء وجهی برای ترجیح اختیارداری یکی از طرفین عقد بـرای بـرهم زدن عقـد، بدون آنکه طرف دیگر چنین حقی داشته باشد، نمی‌بینند و آن را ترجیح بلامرجح می‌دانند، در مورد مانحن فیه نیز عقلاء نمی‌پذیرند که مرد هر وقت اراده کرد عقد نکـاح را بـا طـلاق برهم بزند، ولی زن چنین حقی نداشته باشد، لذا عقلاء می‌گویند از آن‌جا کـه در طـلاق زن نمی‌تواند خود را مطلقه سازد باید راهی پیدا کند که زن بتواند مرد را الـزام بـه طـلاق دادن خود بکند.وآن راه همانا طلاق خلع است (همان، ص۲۴۶، ۲۴۷)

۳- دلیل سوم: حکم عقل: واجب بودن طلاق خلع کاملاً با حکم عقل منطبق است، زیـرا عقل قبیح می‌داند که بگوییم مرد هر زمـان کـه خواسـت - ولـو آن‌کـه زن راضـی نباشـد - می‌تواند زن خویش را با پرداخت مهریه طلاق دهـد ولـی زن نمـی‌تـوان - ولـو بـا پرداخـت مهریه‌ای که گرفته و بخشش آن - مرد را الزام به‌طلاق نماید، در این‌گونه موارد عقـل حکـم به ظلم در حق زن می‌نماید. زیرا عقل بین زن و مرد در داشـتن حـق طـلاق تفـاوتی قائـل نیست، و اگر شارع مقـدس بخواهـد مـانع ایـن حکـم عقلـی و ارتکـازات عقلایـی گـردد، -

همان‌طور که در فصل اول راجع به ارتکازات عقل و حکم عقل بحث کـردیم - لازم اسـت بـا نصوص صریح این ارتکازات عقلایی را رد و خطا و اشتباه آن را بیان کند. روشن است کـه در مانحن‌فیه یک روایت و نص صریح و صحیح وجـود نـدارد، چـه رسـد بـه نصـوص و روایـات فراوان، و نهایت و غایت آنچه که می‌توان به آن تمسّک نمود همان اطلاق «الطلاق بیـد مـن أخذ بالساق» است، که آن هم ثابت شد که هم از نظر دلالت و هم از نظر سند قابـل اعتمـاد نیست. از این رو راهی جزء قول به وجوب چنین طلاق خلعی به‌خاطر حکـم عقـل بـه قـبح جواز و حکم عقل به حسن لزوم و وجوب آن نداریم (وجوب طـلاق خلـع بـر مـرد، صـانعی، ۱۳۸۶، ص۴۵ و ۴۶)

۴- دلیل چهارم: حفظ مصلحت اجتماعی: بی‌تردید جدایی طرفین در فرض عدم حسـن معاشرت بهتر است تا این‌که خانواده ای کـه زن در آن خـانواده محـور عاطفـه و احساسـات است و مایه‌ی انسجام و استحکام آن است به‌دلیل تنفّر وی از شوهرش از هم بپاشد و از بین برود و عواقب سوئی برای آن خانواده و تبع آن جامعه در پـیش بیـاورد وقتـی زن از شـوهر خود نفرت داشته باشد نه تنها زندگی برای خود آنـان مشـقّت‌بـار و مشـکل مـی‌شـود بلکـه فرزندان آنان نیز در چنین خـانواده‌هـایی رنـج خواهنـد بـود، در چنـین خـانواده‌ای تربیـت کودکان مسلماً صحیح نخواهد بود و در نتیجه‌ی این تربیت ناصحیح جامعه نیز دچار مشکل می‌گردد. از این‌روست که قانون‌گذار مـدنی، نیـز مـاده‌ی ۱۱۰۳ و مـاده‌ی ۱۱۰۴ ق.م را در همین مورد وضع کرده است و زن و شوهر را مکلّف به حسن معاشرت با یکـدیگر در تربیـت اولاد و نیز به معاضدت ترقیب می‌نماید؛ حال اگر این حسن معاشرت و معاضدت در زنـدگی میسّر نباشد، برای جلوگیری از عواقب سـوء اجتمـاعی -ماننـد خیانـت بـه شـوهر و روابـط نامشروع، خشونت خانگی، همسرکشی، خودکشی، افسـردگی و ... بهتـرین راه حـل وجـوب طلاق خلع از جانب زوج است (ایزدی‌فر و دیگران، ۱۳۹۱، ص۲۴۷ و ۲۴۸)

۵- دلیل پنجم: نفی عسر و حرج: در گفتار پیش به‌صورت کامل راجع به عسر و حـرج و طلاق قضایی بحث کردیم و در این‌جا در پی اطاله‌ی کلام نیستیم؛ لکن یک سؤال بـا توجّـه به بحث این گفتارمان مطرح می‌کنیم و جواب آن را می‌دهیم و آن اینکه: آیا زنـدگی کـه در آن زن از شوهر خود کراهت دارد، نوعی عسر و حرج برای او محسوب نمی‌شود؟ همـان‌طـور که در گفتار پیش تبیین کردیم مصادیق عسر و حرج نامحدود و نسبت به هر فرد بـا توجّـه به معیار شخصی آن متفاوت است؛ بی‌تردید می‌تـوان گفـت: تنفّـر زن از شـوهرش نـوعی از عسر و حرج است، وقتی در طلاق قضایی زوج به طلاق زوجه اجبار می‌شود، بایـد در فـرض کراهت زوجه نیز قائل به این باشیم که زوج به طلاق زوجه اجبار می‌شود. به‌خصوص کـه در

طلاق قضایی مرد باید حقوق مالی همسرش را بپردازد و حال آنکه در طلاق خلع از این امر معاف است (همان، ص۲۴۸ و ۲۴۹)

مرحوم آیت‌العظمی سیدمحمد کاظم یزدی(رضوان الله علیه) در ملحقات عروه می‌فرماید: «هر جا عدم طلاق و ابقاء بر زوجیّت موجب قرار گرفتن قهری یا اختیاری زن در معصیت و ارتکاب فعل حرام باشد، لازم است برای حفظ او و احتراز از وقوع در معصیت، حکم به طلاق داده شود.» (ملحقات العروه‌الوثقی، یزدی، ج۱، ص۷۵ و ۷۶)

نتیجه‌ی بحث و نظر نگارنده

مشهور فقهای امامیه بر این باورند که طلاق خلع واجب نیست و دسته‌ای دیگر از آن‌ها قائل به وجوب مشروط طلاق خلع هستند. یعنی به شرطی آن را واجب می‌دانند که کراهت شدید باشد و به‌وقوع معصیت کشیده شود، و عده‌ای دیگر از فقهاء - معاصرین - به این اعتقاد هستند که مطلق کراهت برای وجوب طلاق خلع کافی است. البته آن دسته از فقهاء هم که قائل به عدم وجوب طلاق خلع هستند گفته‌اند در صورت کراهت شدید زوجه و امکان وقوع معصیت مستحب مؤکّد است که زوج او را طلاق دهد (نجفی، ۱۳۸۷، ج۳۳، ص۳)

در نتیجه به‌نظر می‌رسد دلایل کسانی که قائل به وجوب مطلق طلاق خلع هستند کامل‌تر آید، به این دلیل که با توجّه به عدم وجود دلیل متقن و معتبر از کتاب و سنت که دلالت بر منع وجوب طلاق خلع بر مرد داشته باشد از یک سوء و همچنین وجوب نهی از منکر، ارتکاز عقلاء در عقود، حکم عقل، رعایت مصلحت اجتماعی و قاعده‌ی نفی عسر و حرج از سویی دیگر، نتیجه می‌گیریم که با مطلق کراهت زن از مرد و بذل فدیه به مرد و درخواست طلاق، بر مرد واجب و لازم است که زن را طلاق دهد و اگر استنکاف کرد زوجه به اذن حاکم شرع و به نیابت از زوج ممتنع طلاق داده می‌شود. از نظر عملی نیز همان‌طور که گفته شد، کراهت شدید زوجه می‌تواند از مصادیق عسر و حرج مذکور در تبصره ماده ۱۱۳۰ ق.م باشد و به استناد بخش اخیر این قانون اگر برای دادگاه ثابت شود که دوام زوجیّت برای زوجه حرجی است، می‌تواند زوج را مجبور به طلاق نماید. لکن با تکمیل قوانین در این زمینه و با استناد به منابع اصیل فقهی می‌توان ضعفی را که در قانون وجود دارد از بین برد و شائبه‌ی مساوی نبودن حق زن و مرد در طلاق را محو کرد.

نتایج و راهکارها

با بحثی که پیرامون طلاق واجب انجام دادیم اولاً مشخص شد که غیر از آنچه که در اقسام طلاق متداول است قسم دیگری از طلاق که همان تقسیم به احکام خمسه‌ی تکلیفیه است درفقه متصوّراست که متأسفانه متروک مانده و حداقل در دانشگاه‌ها و در بین حقوق‌دانان زیاد مطرح نیست، در حالی‌که می‌تواند در غالب خود بسیاری از مشکلات و مسائل حقوقی را حل کند. ثانیاً در این تحقیق از منظر فقهی و حقوقی این موضوع احصاء شد که طلاق مطلقاً و کاملاً به‌دست مرد نیست و زن نیز برابر با مردان این حق را دارد و می‌تواند از آن استفاده نماید. و در واقع شبهه‌ی تبعیض بین حقوق زن و مرد که توسط مخالفان اسلام مطرح است با این مورد از بین رفت و در عمل نیز راهی برای احقاق حقوق زنان در این زمینه باز شد. ثالثاً ارزش و اهمیت کانون خانواه، نزد اسلام نیز در این تحقیق با ارائه‌ی مطالبی منوط به حق زن در طلاق در هنگام عسر و حرج و کراهت وی از زوج تبیین گشت؛ در واقع حاکم اسلامی موظف به دفاع از حقوق همسران است و بقایا انحلال این کانون مقدس صرفاً در انحصار مردان نیست. به‌گونه‌ای که هر گاه زوج از انجام وظایف خود سر باز زند حاکم او را مجبور به ادای وظایف خود کرده و یا او را مجبور به طلاق می‌کند. در واقع می‌توان گفت: وضع طلاق واجب از ناحیه‌ی شارع مقدس، موجب رفع نگرانی زنان در تنها ماندن در رویایی با مشکلات زندگی مشترک می‌گردید و آنان را از حمایت دولت اسلامی برای زندگی بر مبنای حق و عدالت برخوردار می‌کند. رابعاً موضوع طلاق واجب امری است که می‌تواند برای وضع قوانین جدید بر اساس آنچه نیازهای جامعه کنونی نیز بر آن مبتنی می‌باشد، به بار آورد، لذا با تأمل در آرای فقهای امامیه در باب طلاق واجب به‌نظر می‌رسد که قانون‌گذار ما می‌تواند قوانین مدون، جامع، کامل و به دور از مناقشات مخالفین اسلام وضع نماید تا از نظر حقوقی خلاء لازم پر گردد و در دعاوی خانوادگی طلاق تسریع ایجاد شود که این دُمَل چرکی باعث نابهنجاری‌های بیش‌تر در جامعه نشود.

ان شاءا...

پایان

اللَّهُمَّ مَالِكَ الْمُلْكِ تُؤْتِي الْمُلْكَ مَنْ تَشَاءُ وَتَنْزِعُ الْمُلْكَ مِمَّنْ تَشَاءُ وَتُعِزُّ مَنْ تَشَاءُ وَتُذِلُّ مَنْ تَشَاءُ بِيَدِكَ الْخَيْرُ إِنَّكَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ

۱۶ اردیبهشت ماه ۱۳۹۲ مصادف با ٦ رجب ۱٤۳۵

پاین تصحیح برای چاپ دوم ۸ شهریور ماه ۱۳۹۳ خورشیدی مصادف با ۱۵ ذی قعده ۱٤۳٦ قمری تهران دانشگاه عدالت

الاحقر محمدعلی معیرمحمدی

فهرست منابع

قرآن کریم

الف) کتب فارسی:

آذرتاش، آذرنوش. (۱۳۸۵). *فرهنگ معاصر عربی ـ فارسی*. تهران: نشر نی.

آذرگشسب، اردشیر. (۱۳۶۳). *آئین زناشویی زرتشتیان*. تهران: کانون زرتشتیان.

ابراهیم‌زاده، عبدالله. (۱۳۸۵). *حاکمیت دینی*. پژوهشکده تحقیقات اسلامی.

امامی، سیدحسن. (۱۳۹۱). *حقوق مدنی*. ج ۵. انتشارات کتاب‌فروشی اسلامی.

بهمنش، احمد. (۱۳۷۴). *تاریخ ملل آسیای غربی*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

بی‌آزار شیرازی، عبدالکریم. (۱۳۷۲). *رساله‌ی نوین با فتاوای امام‌خمینی*. چاپ هفدهم. تهران: انجام کتاب.

تقریرات درس آیتا... سیستانی. (۱۳۸۹). *قاعده‌ی لاضرر و لاضرار*. ترجمه: اکبر نائب‌زاده. تهران: خرسندی.

جلالی، سیدمهدی. (۱۳۸۸). *اختیار طلاق زوجه در حقوق ایران با مطالعه‌ی تطبیقی*. تهران: انتشارات خرسندی.

جمعی از نویسندگان زیر نظر استاد ابوالقاسم گرجی. (۱۳۸۴). *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*. چاپ اول. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

حسینی مقدم، سیدعسکری. (۱۳۹۲). *مطالعه‌ی تطبیقی حقوق زن در ادیان و مکاتب، حقوق ایران و کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان*. چاپ اول. انتشارات نگاه بینه.

خراسانی، وحید. (۱۳۸۸). *رساله‌ی آیت‌العظمی وحید خراسانی (دامت‌ظله)*. چاپ هفدهم. مدرسه‌الإمام‌الباقر(علیه‌السلام).

خرمشاهی، بهاءالدین. (۱۳۷۵). *دایره‌المعارف تشیّع*. چاپ اول. بنیاد خیریه و فرهنگی شط.

دورانت، ویل. (۱۳۷۳). *تاریخ تمدن*. شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.

دهخدا، علی‌اکبر. (۱۳۶۴). *لغت‌نامه‌ی دهخدا*. تهران: بی‌تا.

شهیدی، مهدی. (۱۳۸۱). *سقوط تعهدات*. چاپ پنجم. تهران: مجتمع علمی و فرهنگی مجد.

صانعی، یوسف. (۱۳۸۶). *وجوب طلاق خلع بر مرد*. قم: انتشارات میثم تمار.

صفایی و امامی. سیدحسین و اسدا... . (۱۳۹۲). *مختصر حقوق خانواده*. چاپ سی و ششم. بنیاد حقوقی میزان.

صفار، محمدجواد. (۱۳۹۰). *درس‌هایی از حقوق خانواده*. چاپ سوم. تهران: انتشارات جنگل.

طباطبایی، سیدمحمدحسین. (۱۳۷۵). *ترجمه‌ی تفسیر المیزان*. ترجمه: محمدباقر موسوی همدانی. قم: انتشارات دارالعلم.

عمید، حسین. (۱۳۵۹). *فرهنگ فارسی عمید*. تهران: امیرکبیر.

فیض، علیرضا. (۱۳۹۱). *مبادی فقه و اصول*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

قبله‌ای خویی، خلیل. (۱۳۹۱). *آیات‌الأحکام (حقوق مدنی و جزائی)*. چاپ نهم. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی، دانشگاه‌ها (سمت).

قریشی، سیدعلی‌اکبر. (۱۳۹۰). *قاموس قرآن*. چاپ سیزدهم. تهران: دارالکتب الإسلامی.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۹). *حقوق مدنی خانواده*. چاپ هفتم. بنیاد حقوقی میزان.

گرجی، ابوالقاسم. (۱۳۸۸). *آیات‌الأحکام (حقوق و جزائی)*. چاپ چهارم. تهران: نشر میزان.

لطفی، اسدالله. (۱۳۹۰). *آیات‌الأحکام خانواده*. چاپ اول. تهران: انتشارات خرسندی.

لوبون، گوستاو. (۱۳۸۷). *تاریخ تمدن اسلام و عرب*. مترجم: هاشم حسینی. تهران: انتشارات کتابچی.

محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۳۸۰). *قواعد فقه بخش مدنی*. چاپ چهارم. تهران: انتشارات سمت.

محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۳۹۰). *بررسی فقهی حقوق خانواده*. چاپ شانزدهم تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

مرکز مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی. (۱۳۶۱). *صحیفه‌ی نور، مجموعه سخنرانی‌ها و اعلامیه‌های حضرت امام‌خمینی(ره)*.

مطهری، مرتضی. (۱۳۹۰). *آشنایی با علوم اسلامی*. ج ۳. قم: جامعه‌ی مدرسین حوزه علمیه دفتر انتشارات اسلامی.

مطهری، مرتضی. (۱۳۹۱). *مجموعه آثار استاد مطهری*. چاپ هشتم. انتشارات صدرا.

معین، محمد. (۱۳۸۷). *فرهنگ لغت معین*. تهران: نشریه دانش.

مکنون، ثریا؛ صانع‌پور، مریم. (۱۳۷۴). *بررسی تاریخی منزلت زن از دیدگاه اسلام و تطبیق الگوی صدر اسلام با جامعه‌ی کنونی*. تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.

موگوئی، حاجی علی. (۱۳۸۷). *قاعده‌ی عسر و حرج و حق زنان در طلاق*. تهران: اطلاعات.

مهرپور، حسین. (۱۳۷۲). *دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی*. چاپ دوم. تهران: اطلاعات.

مهرپور، حسین. (۱۳۸۷). *مباحثی از حقوق زن*. چاپ سوم. تهران: اطلاعات.

میرزای قمی. (۱۳۷۱). *تصحیح جامع‌الشتات*. تصحیح مرتضی رضوی، دوره ده جلدی، چاپ اول. تهران: انتشارات کیهان.

ناصر، کاتوزیان. (۱۳۶۹). *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*. ج۵. آذر نشر میزان.
ناصر، کاتوزیان. (۱۳۸۷). *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها - ایقاع*. چاپ سیزدهم. شرکت سهامی انتشار.
یثربی قمی، سیدعلی محمد. (۱۳۸۸). *حقوق خانواده، با اصلاحات*. چاپ دوم. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه (سمت).

ب) کتب عربی:

ابن‌حمزه، محمدبن‌علی. *الوسیله إلی نیل الفضیله*. قم: کتابخانه آیتا... مرعشی نجفی (ره).
ابن‌زهره، حمزه بن علی. *غنیة النزوع إلی علمی الاصول و الفروع*. قم: مؤسسه امام‌صادق(ع).
ابن‌قیم جوزیه، محمدبن‌ابی‌بکر. (۱۴۲۱). *اعلام الموقعین عن رب‌العالمین*. دمشق: مکتبةالدارالبیان.
ابوالفتوح رازی، حسین‌بن‌علی. *روض‌الجنان و روح‌الجنان فی تفسیر القرآن*. مشهد: بنیاد پژوهش‌های آستان قدس رضوی.
ابوالقاسم نجم‌الدین جعفربن‌حسن (محقق حلی). (۱۳۷۳). *شرایع‌الإسلام فی مسائل الحلال و حرام*. تهران: انتشارات استقلال.
ابوبکر احمدبن علی الرازی معروف جصّاص. *الأحکام القرآن*. دارالکتب العربی بیروت. بی‌تا.
ابوجعفرمحمد یعقوب، کلینی. (۱۳۶۷). *اصول من الکافی*. چاپ سوم. دارالکتب الاسلامی.
ادریس الحلی، محمدبن‌جعفر بن منصور بن احمد. *السرائر*. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
اصفهانی، سیدابوالحسن. (۱۴۲۲ه.ق). *وسیلةالنجاة*. چاپ اول. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار حضرت امام.
امام، محمد کمال‌الدین، اسکندریه. (۱۳۸۱ه.ش). *اصول الفقه‌الإسلامی*. دارالمطبوعات الجامعیه.
امام‌خمینی، روحا... . *تحریر الوسیله*. قم: مؤسسه دارالعلم.
انصاری، شیخ مرتضی. (۱۳۸۲). *فرائدالأصول*. قم: مجمع‌الفکر الإسلامی.
بحرالعلوم، عزّالدین. بحوث‌الفقیه، تقریرات فقه آیتا... حلی.
بحرانی، شیخ یوسف. *الحدائق‌الناظره فی الأحکام العترة الطاهره*. بیروت: دارالأضواء.
الجبل العاملی (الشهید الثانی)، زین‌الدین. (۱۳۹۸ ه.ق). *الروضةالبیهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه*. الطبعة الثانیة. جامعة النجف الدینیة.
الجریر الطبری، جعفر بن محمد. *جامع‌البیان، عن تأویل آیات‌القرآن*. قاهره: تراث‌الإسلام.

حسن‌بن زین‌الدین بن علی بن احمدبن شهید ثانی. (۱۳۸۳). *معالم‌الدین*. قم: انتشارات الطیار.
حکیم، محمدتقی. (۱۴۳۰). *الأصول العامه للفقه المقارن*. تهران: مجمع العالمی للتقریب بین المذاهب الإسلامی.
حیدری، علی‌نقی. (۱۳۹۱). *اصول الإستنباط*. تبریز: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز.
خوانساری، شیخ موسی بن محمد. (۱۴۱۸ ه.ق). *منیةالطالب (تقریرات النائینی)*. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
خویی، سیدابوالقاسم. *منهاج‌الصالحین*. قم: انتشارات آیتا... خویی.
رشیدرضا، سیدمحمد. *تفسیر المنار*. تفسیر القرآن الکریم الشهیر بتفسیر تقریرات درسی شیخ محمد عبد، دارالمعرفة. چاپ دوم بیروت: المنار.
زحیلی، وهب. (۱۹۸۴م). *الفقه الإسلامی و ادلّته*. چاپ سوم، دمشق.
سبحانی، جعفر. (۱۴۱۴ه.ق). *نظام الطلاق فی الشریعة الإسلامیه الفراء*. چاپ اول. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
السجلماسی، احمد بن مبارک. (۱۳۸۷ ه.ش). *قواعدالأصول*. کلیه الاداب و العلوم الإنسانیه.
سنن ابن‌ماجه. *تحقیق محمد فوأد عبدالباقی*. دار احیاء التراث العربی. ج۱.
شهید ثانی. (۱۴۱۶ ه.ق). *مسالک‌الأفهام فی شرح الشرایع الإسلام*. چاپ اول. مؤسسة المعارف الإسلامیه.
شیخ طوسی. *النهایة فی‌مجرد الفقه و الفتاوی*. قم: انتشارات قدس.
شیخ محمدحسین بن‌الحسن الحر العاملی. *وسائل‌الشیعه إلی التحصیل و مسائل الشرعیه*. چاپ جدید. بیروت: دارالحیاء التراث العربی.
صادق‌کیا. (۱۳۵۷). *منتخب‌اللغات*. تهران: فرهنگستان زبان ایران.
صدر، سیدمحمدباقر. (۱۳۹۵ ه.ق). *المعالم الجدیدة*. تهران: مکتبه‌النجاح.
صفی پورشیرازی، عبدالرحیم بن عبدالکریم. (۱۳۹۲). *منتهی‌الارب فی اللغة العرب*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
طبرسی، ابوعلی فضل بن حسن. (۱۴۰۸ه.ق). *مجمع‌البیان فی تفسیر القرآن*. چاپ دوم. دارالمعرفه.
طریحی، فخرالدین بن محمد. (۱۳۷۵). *مجمع‌البحرین*. انتشارات مرتضوی.
طوسی، ابی‌جعفر محمد. *الخلاف*. قم: دارالمعارف الإسلامی.
طوسی، محمدبن‌حسن. *التبیان فی تفسیر القرآن*. بیروت: احیاء التراث العربی.

عبدالحسین بن احمد زوزنی. (۱۳۷۴). *المصادر الزوزونی*. تهران.
عبدالعزیز، محمدحسن. (۱۳۷۸ه.ش، ۱۴۲۹ ه.ق، ۲۰۰۸ م). *المعجم*. *قاهره*. دارالاسلام.
علامه حلی، حسن بن علی. *قواعدالأحکام*. مؤسسهٔ النشر الإسلامی الثابهٔ لجماعهٔ المدرسین القم.
علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۳۷۴ه.ش). *مؤسسه مختلف‌الشیعه فی الأحکام الشریعه*. قم: نشر اسلامی.
فاضل الآبی. *کشف‌الرموز*. چاپ ۱ و ۵. قم: نشر اسلامی.
فاضل مقداد. (۱۳۱۱ه.ق). *کنزالعرفان فی فقه القرآن*. تهران.
فاضل هندی. *کشف اللّثام*. قم: انتشارات کتابخانه‌ای آیتا... نجفی.
فیض کاشانی، محمدبن شاه رضا. *الوافی*. اصفهان: مکتبه‌الامام علی امیرالمومنین علیه‌السلام.
فیض کاشانی، محمدبن شاه‌مرتضی. *تفسیر صافی*. تهران: نسخه‌ی چاپ سنگی.
قرطبی، محمدبن احمد. (۱۳۸۷). *تفسیر قرطبی (الجامع الأحکام القرآن)*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
قمحاوی، محمدصادق. (۱۴۲۴ه.ق). الأحکام القرآن. قاهره: مکتبه‌الشروق الدولیه.
قمی، علی بن ابراهیم. (۱۳۸۸). *تفسیر قمی*. قم: انتشارات بنی‌الزهراء.
قمی، محمدبن ابراهیم. (۱۳۹۰). *جامع‌الخلاف و الوفاق*. قم: انتشارات شیخ حسین بیرجندی.
کلینی، ابوجعفر محمد یعقوب. (۱۳۶۷). *الفروع من الکافی*. چاپ سوم. دارالکتب الاسلامی.
مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام‌خمینی (ره). (۱۳۸۸). *الإجتهاد و التقلید ضمن المجموعه الرسائل الإمام‌خمینی*. چاپ و نشر عروج.
مامقانی، عبدالله. (۱۳۶۳). *مناهج‌المتقین فی فقه الائمهٔ الحق و الیقین*. مؤسسه آل‌البیت (ع).
مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۳). *بحارالأنوار الجامعه لدرر اخبار الائمه الأطهار*. چاپ سوم. بیروت: داراحیا التراث العربی.
مروارید، علی‌اصغر. (۱۳۶۴). *ینابیع الفقهیه*. قم: مکتبهٔ الحکمت.
مظفر، محمدرضا. (۱۳۶۳). *اصول فقه*. تهران: نشر دانش اسلامی.
مغنیه، محمدجواد. علم‌الأصول الفقه فی ثوبه الجدید. بیروت: دارالعلم للملابین.
موسوی بجنوردی، سیدحسن. (۱۳۷۷). *قواعدالفقیه*. قم: نشر الهادی.
میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن. (۱۴۲۷). *رسائل*. خراسان: دفتر تبلیغات اسلامی شعبه

خراسان.
نجفی، محمدحسن. (۱۳۸۷). *جواهر الکلام فی شرح الشرایع الإسلام*. چاپ پنجم. تهران: المکتبه الإسلامیه.
هاشمی شاهرودی، سیدمحمود. (۱۴۱۷). *تقریرات المحمدباقر الصدر، بحوث فی علم الأصول*. قم: دائره‌المعارف الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل بیت (ع).
یزدی، سیدمحمدکاظم. *ملحقات عروه‌الوثقی*. بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.

ج) مقالات:

ایزدی، علی و همکاران. (۱۳۹۱). بررسی تحلیلی وجوب یا عدم وجوب طلاق خلع از جانب زوج. *فصلنامه‌ی خانواده‌پژوهی، شماره ۳۰*، تابستان.
صانعی، یوسف. (۱۳۷۵). در محضر آیتا... صانعی. *پیام زن*، خرداد.
علایی رحمانی، فاطمه. (۱۳۸۴). طلاق قضایی. *مطالعات اجتماعی و روان‌شناختی زنان. شماره ۸*، تابستان و پاییز.
علوی قزوینی، سیدعلی. (۱۳۷۶). بررسی نظریه طلاق حاکم و ماهیت حقوق آن. *نامه مفید. شماره ۱۱*.
علوی قزوینی، سیدعلی. (۱۳۸۰). طلاق قضایی. گامی مؤثر در احقاق حقوق زن، *رواق اندیشه، شماره ۱*، خرداد و تیر.
همایونفر، محسن. (۱۳۲۴). طلاق و اقسام آن. *مجله کانون وکلاء، شماره ۹۷*، مرداد و شهریور.